

شرح
مجمع البحار
في
ملئق النيران

تأليف

الإمام مظفر الدين أبي القاسم أحمد بن علي بن تغلب البغدادي
المعروف به ابن الساعاتي.
(٦٥١ - ٦٩٤ هـ)

تقيق

د. صالح بن عبد الله بن صالح البغدادي
د. خالد بن عبد الله بن محمد البغدادي
د. عبد الله بن صالح بن محمد البغدادي

ثلاث رسائل بالمعهد العالي للقضاء
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المجلد الثامن

دار الفلاح
للبحث العلمي وتحقيق التراث

دار الأفهام
الرياض

مَشْرِعُ
مَجْمَعِ النُّجُومِ
وَالنَّجْمِ
وَالنَّجْمِ



جميع الحقوق محفوظة

جميع الحقوق محفوظة لدى الناشر
ولاحذوا في عين الاعتبار أن الكتاب بأي صيغة
أو تصويرية PDF الإلكتروني من
صاحب الدار الأستاذ / خالد الرباط

الطبعة الأولى
١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م

رقم الإيداع بدار الكتب
2015/25661

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

للبحث العلمي وتحقيق التراث
١٨ شارع أحمد - حي الميمنة - الفيوم
ت ٠١٠٠٠٠٥٩٢٠٠

Kh_rbat@hotmail.com

002 01123519722 والى

۱۰۰
 ۱۰۱
 ۱۰۲

خمس إلى مائة الف

تطلب منشوراتنا من:

- | | |
|-----------------------------------|---|
| دار العلم - بلبيس - الشرقية - مصر | 0 |
| دار الأفهام - الرياض | 0 |
| دار كنوز إشبيليا - الرياض | 0 |
| مكتبة ومطبع ابن القيم
الرحماني | 0 |
| دار ابن حزم - بيروت | 0 |
| دار المحسن - الجزائر | 0 |
| دار الإرشاد - استانبول | 0 |
| دار الفلاح بالقيوم | 0 |



شرح
شرح الشيخ
شرح الشيخ

تأليف
الإمام مظفر الدين أبي العباس أحمد بن علي بن تغلب البغدادي
المعروف بـ «ابن الساعاتي»
(٦٥١ - ٦٩٤ هـ)

تحقيق
صالح بن عبد الله بن صالح اللحيدان
خالد بن عبد الله بن محمد اللحيدان
عبد الله بن صالح بن محمد اللحيدان

ثلاث رسائل بالمعهد العالي للقضاء
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المجلد الثامن

دار الفلاح
للبحوث العلمية وتحقيق التراث

ت ٥٩٢٠٠٠ ٠١٠٠٠ ٠٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

٣٥
كِتَابُ الْغِنَى

كتاب العتق^(١)

وهذه مقدمة تتوقف معرفة مسائل العتق على معرفتها، وهي الإحاطة بتفسير ملك الرقبة وملك اليد والعتق والإعتاق والرق.

أمّا ملك الرقبة فعبارة عن ثبوت معنى في المحلّ يوجب اختصاص ذلك المحلّ لمن يثبت له ذلك المحلّ لمعنى فيه.

وأمّا ملك اليد فهو عبارة عن القدرة على التصرفات الشرعية (على وجه لا)^(٢) يلحقه بها تبعه، ولا غرامة كما في مال الصبي، فإنّ ملك الرقبة فيه للصبي، وملك اليد فيه لأبيه.

وأمّا (العتق: فعبارة عن قوة)^(٢) شرعية (تثبت في المحلّ فتجعله قادرًا على التصرفات الشرعية)^(٣) وأهلاً لثبوت ولاية القضاء والشهادة والسلطنة والتزويج والحج وغيرها. يقال: عتق الطائر: إذا قوي وطار عن وكره. /٧١/ وعتاق الطير: أقوياؤها. وفرس عتيق: قوي.

وأمّا الرق فنقيض العتق، عبارة عن ضعف شرعي يثبت في المحلّ فيعجزه عن التصرفات الشرعية وسلبه أهلية ثبوت القضاء والشهادة والسلطنة والتزويج وغير ذلك، يُقال: ثوب رقيق أي: ضعيف. ورق قلبي لفلان: ضعف إشفاقاً^(٤) عليه^(٥).

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن الطلاق تخلص شخص من ذل رق ملك المتعة، والإعتاق تخلص شخص من ذل ملك الرقبة. «المستجمع شرح المجمع»

(٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) ساقط من (ب). (٤) في (ب): (اشتياقاً).

(٥) «الكتاب» ١١١/٣، و«الاختيار» ٢٤٠/٤، و«فتح القدير» ٤٣١/٤، و«البحر الرائق»

٢٣٨/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٠٦/١.

وأما الإعتاقُ: فهو إثباتُ العتقِ عند أبي يوسف^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله؛ لأنَّ وزانَ الأفعالِ لإثباتِ أثرِ الثلاثي، وعند أبي حنيفة رحمته الله^(١) هو إثباتُ الفعلِ المفضي إلى حصولِ العتقِ، فإنَّ الثابتَ في العبدِ حقَّان: الملك، والرق. والملك حقُّ المولى؛ لأنه هو المنتفعُ به، والرقُّ حقُّ الله تعالى؛ لأنَّه أثرُ الكفر، فإن الكفار لما أَسْتَكْفُوا عن عبادة الله تعالى ضرب عليهم الرقَّ المغياً إلى غاية زوال الملك بالكلية، وجعلهم عبيدَ عبده، جزاءً على تمردهم واستنكافهم عن عبادته. والمولى يقدرُ على إزالة ما هو خالصُ حقِّه قصداً، وهو الملك دون ما هو حقُّ الله تعالى وهو الرقُّ، فليزِم ألا يكون الإعتاقُ إزالةً للرقِّ، بل الإعتاقُ إزالةُ الملك الذي يكون زواله لا إلى أحدٍ غاية الرقِّ، فيكون فعلُ المولى مفضياً إلى ثبوتِ العتقِ، فسمي فعلُهُ إعتاقاً؛ لأنَّ وزانَ الأفعالِ كما تكون لإثباتِ أثرِ الثلاثي تكون للفعلِ المفضي إلى إثباته، فكما يقال لمن أحرَقَ ماله: أتلَفه. فكذا يقال لمن بنى على ذمِّه أو في معرضِ سبيل: أتلَفَ ماله. أي: فعل فيه ما يُفْضي إلى تَلْفِهِ. فينبني على هذا الحرفِ مسألة تجزي الإعتاقِ وعدمه، فإذا أعتقَ نصفَ عبده فقد أثبتَ العتقَ عندهما^(٢) في نصفه، وإثباته في نصفه إثباتٌ له في كلِّه؛ لاستحالة تجزي العتقِ عنده^(٢) إذا أعتقَ نصفه فقد أزال ملكه لا إلى أحدٍ عن نصفه، ولا يستلزم ذلك زواله عن النصفِ الآخر، فإنه قابلٌ للتجزي كما في الهبة أو البيع من آخر، ولكن يثبتُ للعبد أَسْتَحْقَاقُ الحرية بزوال الملك

(١) «الكتاب» ١١١/٣، و«الاختيار» ٢٤٠/٤، و«فتح القدير» ٤٣١/٤، و«البحر الرائق» ٢٣٨/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٠٦/١.

(٢) «الكتاب» ١١٤-١١٥/٣، «الهداية» ٣٣٧/٢، «الاختيار» ٤٧/٤.

في نصفه لا إلى أحدٍ حيثُ أشرف على غاية الرق فيه، وهو زوالُ الملك بالكلية بزوالِ الملك عن النصف الآخر باستيفائه بدله (بالاستسعاء)^(١) زال الرق وثبتَ بعضُه، وهو العتقُ دفعةً واحدةً.

قال: (يصحُّ في ملكٍ أو مضاف إليه من قادرٍ على التبرعات).

أمَّا الملكُ فلا يصحُّ عتقُ العبدِ وهو في ملكٍ غيره، وقال عليه السلام: « لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم »^(٢)، وأمَّا الإضافة إلى الملك فقد مرَّ الكلامُ فيها في (باب)^(٣) الطلاق، وهي من الزوائد ههنا.

وأمَّا صحته ممن يقدر على التبرعات فلأنَّ العتقَ تبرعٌ فلا يصحُّ صدوره ممن لا يقدر عليه، فلا يصحُّ إلَّا من الحر؛ لأنه لا يصحُّ إلَّا في الملك ولا ملك للملوك، فلا يصحُّ إلَّا من بالغ؛ لأنَّ الصبيَّ ليس بأهلٍ للعتق؛ لكونه ضررًا في حقه ظاهرًا. ألا ترى أنَّ الوليَّ لا يملكه عليه ولا يصحُّ إلَّا من عاقل؛ لأنَّ المجنونَ ليس من أهلِ التصرف، ولهذا لو قال البالغ: أعتقت وأنا صبيٌّ، أو قال المفق^(٤): أعتقت وأنا مجنون. وكان جنونه ظاهرًا، فإنَّ القولَ قولَهُما؛ لأنهما أسندا العتق إلى حالةٍ منافيةٍ لصحته، وكذا لو قال الصبيُّ: كلُّ مملوكٍ أملكه حرٌّ إذا بلغت. لا ينعقد؛ لأنَّه ليس بأهلٍ للأقوالِ الملزمة^(٥).

(١) في (ب)، و(ج): (بالاستيفاء).

(٢) رواه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وقال: حسن صحيح. اهـ من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب) و(ج): (المعتق).

(٥) «الهداية» ٣٣١/٢، و«الاختيار» ٢٤١/٤، و«درر الحكام» ٢/٢، و«البحر الرائق» ٢٣٩/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٠٦/١.

قال: (بصريحه كأنَّ حرًّا، أو معتقًّا، أو يا عتيقًّا، أو يا حرًّا
إلا أن يكون علمًا).

ألفاظ العتق على ثلاثة أقسام: صريح، وكناية، وما هو ملحق
بالصريح. أمَّا الأول فالصريح يقع به العتق من غير نية، كقوله: أنت
حرٌّ، أو أنت معتقٌّ، أو محررٌ، أو قد حررتك، أو عتيقٌّ، أو قد أعتقتك؛
لأنها ألفاظ مستعملة في العتق شرعًا وعرفًا، فأغنى ذلك عن النية،
ووضعها وإن كان إخبارًا، إلا أن الشرع جعلها إنشاءً للحاجة، كما في
البيع والطلاق وغيرهما. ولو قال: نويت الإخبار الباطل أو الكذب
الخلوص في الحرِّ أو العدم في العتيق صدق ديانةً لموضع الاحتمال، ولم
يصدق في القضاء لمخالفة الظاهر، ولو قال: أنت حرٌّ من هذا العمل،
أو أنت حرٌّ اليوم، عُتق في القضاء؛ لأنَّ من ثبت له وصف الحرية في
شيء خاصٍّ أو في وقتٍ خاصٍ ثبت مطلقًا؛ لعدم تجزئه.

وقوله: (يا حرٌّ، أو يا عتيق) نداءٌ بما هو صريح فيه فثبت؛ لأنَّ النداء
لا استحزار المنادى بهذا الوصف فيقتضي تحقق الوصف فيه عملاً بالحقيقة،
وثبوت هذا الوصف من جهته ممكن، فيثبت تصديقًا له، وإنما أستثنى كونه
علمًا، وهذا الاستثناء من الزوائد؛ لأنه إذا ناداه باسم العلم فليس مراده
إلا استحزاره بالاسم الدال على الذات دون ملاحظة الوصف، فلم
يمكن إثباته من دون دلالة عليه، فلو قال له بالفارسية: يا آزاد، واسمه
العلم حرٌّ، أو كان بالعكس قالوا: يعتق لأنَّ النداء بالاسم العلم لا يختلف
باختلاف اللغات، فتعين الوصف مرادًا^(١).

(١) «الكتاب» ٣/ ١١١، و«المبسوط» ٧/ ٦٢-٦٣، و«فتاوى قاضيخان» ١/ ٥٥٨، و«الهداية»

٢/ ٣٣١، و«الاختيار» ٤/ ٢٤١، و«دررالحكام» ٢/ ٢، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤١.

قال: (أو وجهك أو رأسك لا يدك أو رجلك).

إذا أضاف العتق إلى عضوٍ يعبر به عن الجملة كالرأس والوجه والرقبة، كان (إعتاقًا، فإذا أضافه إلى عضوٍ لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يكون)^(١) /١٧٢/ إعتاقًا، والكلام في هذا قد مرّ في الطلاق، وهو نظيره في التفصيل والتعليل.

وعن أبي يوسف^(٢) رحمه الله أنه إذا قال لأمته: فرجك حرّ عتقت، ولو قال لعبده لا يعتق، والفرق أن الفرج يعبر به عن الكل في المرأة دون الرجل، قال رحمه الله: «لعن الله الفروج على السروج»^(٣). أراد النساء، وفي العتق روايتان^(٤).

قال: (وبالكناية كلاً ملك لي عليك، ولا سبيل إن نوى).

كنايات العتق تكون إعتاقًا إن أراد العتق وإلا فلا. وشرط النية في الكناية وتقييدها بها كافٍ عن نفيها في الصريح، فإنه (حيث)^(٥) قيّد ههنا دلّ على الإطلاق، فقوله (لا ملك لي عليك) يحتمل أن يراد به: لا ملك لي؛ لأنني نقلته إلى غيري بالبيع أو الهبة. ويحتمل: لا ملك لي؛ لأنني أسقطته، فلا يتعين أحدهما مرادًا إلا بالنية. وكذلك قوله: لا سبيل لي

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «فتاوى قاضيخان» ٥٥٩/١، و«الاختيار» ٢٤٢/٤، و«فتح القدير» ٤٤٧/٤، و«البحر الرائق» ٢٤١/٤.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٧١/٢: لم أجده.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٥٩/١، و«الكتاب» ١١٢/٣، و«المبسوط» ٦٩/٧، و«الهداية» ٣٣٢/٢، و«الاختيار» ٢٤٢/٤، و«درر الحكام» ٣/٢.

(٥) في (ج): (حينئذ).

عليك، وأخرجتك من ملكي، ولا رَقَّ لي عليك، وقد خليتُ سبيلك.
 (وكذا قوله لأُمته: قد أطلّقتك - بالهمز - لأنّ ذلك بمنزلة قوله: خليتُ
 سبيلك)^(١)، بخلاف قوله: طَلّقتك - بالتشديد - على ما يأتيك إن شاء الله
 تعالى^(٢).

قال: (ولا يعتق بلا سلطان مطلقاً).

إذا قال: لا سلطان لي عليك. لا يعتق، نوى العتق أو لم ينو؛ لأن
 السلطان عبارة عن اليد، وسُمِّي السلطان به لقيام يده، ونفي اليد
 لا يستلزم نفي الملك كما في المكاتب، بخلاف قوله: لا سبيل لي
 عليك؛ لأن (نفي) السبيل مطلقاً هو بانتقاء الملك؛ لأن للمولى على
 المكاتب سبيلاً^(٣).

قال: (وقوله: أنت لله، ليس بإعتاق).

إذا قال: أنت لله، أو أنت خالص لله. لم يعتق في رواية عن أبي
 حنيفة^(٤) رَحِمَهُ اللهُ مطلقاً، وفي رواية: إن نوى به العتق^(٥) عُتِقَ.

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الكتاب» ١١٢/٣، و«المبسوط» ٦٥/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٣/١، و«الهداية»
 ٣٣٢/٢، و«الاختيار» ٢٤٢/٤، و«درر الحكام» ٣/٢.

(٣) «الكتاب» ١١٢/٣، و«المبسوط» ٦٥/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٣/١، و«الهداية»
 ٣٣٢/٢، و«الاختيار» ٢٤٤/٤، و«درر الحكام» ٣/٢.

(٤) «المبسوط» ٦٥/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦١/١، و«الاختيار» ٢٤٣/٤، و«فتح
 القدير» ٤٣٦/٤، و«البحر الرائق» ٢٤٢/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٠٩/١.

(٥) في (ب): (اليمين).

وقال أبو يوسف^(١) ومحمد^(٢) رحمهما الله: يُعتق. وأوقفاه على النية في رواية عنهما وصاحب «المنظومة»^(٣) أورد هذه المسألة في باب أبي حنيفة رحمته الله خلافاً لأبي يوسف وحده، ولما كان محمد معه في رواية أقتصر على الجملة الأسمية، ولم يتعرض في كتاب الحصر للنية وعدمها، فلم يتعرض له في المتن، وإنما ظفرت بالروايات من غيره.

لهما: أن الملك والخلوص لله مستفاد من حرف اللام، وهو دليل على الاختصاص، وإنما يتحقق حيث يزول ملك العبد وذلك إعتاق. وله أن ذلك إخبار عن كونه لله، والأشياء كلها لله بحكم التخليق، فلم يستفد العبد بهذا الإخبار شيئاً لم يكن حاصلًا له من قبل، فلم يحصل إنشاء، ووجه التوقف على النية أنه صالح للإخبار والإنشاء بواسطة إزالة ملكه إلى الله، فيتوقف على النية^(٤).

قال: (ولو قال: هذا مولاي أو مولاتي أو يا مولاي عتق،

لا يا ابني ويا أخي).

هذا هو الملحق بالصريح؛ لأن أسم المولى يُستعمل في الناصر^(٣)، قال تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ﴾ [محمد: ١١]. وفي ابن العم قال تعالى: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي﴾ [مريم: ٥] أي: ابن عمي^(٤).

(١) «المبسوط» ٦٥/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦١/١، و«الاختيار» ٢٤٣/٤، و«فتح القدير» ٤٣٦/٤، و«البحر الرائق» ٢٤٢/٤، و«مجمع الأنهر» ٥٠٩/١.

(٢) «المنظومة» لوحة (٦٨).

(٣) «الكشاف» ٣١٩/٤.

(٤) «الكشاف» ٤/٣.

وفي الموالاة في الدين، وفي المالك المعتق، وفي العبد المعتق، لكن المولى لا يستنصر بمملوكه عادةً، ونَسَبُ العبدِ معروفٌ، فانتفى معنى القرابة، والموالاة في الدين نوعٌ مجاز. والكلامُ يُحمل على الحقيقة عند الإطلاق، وقد أضافه إلى العبدِ فانتفى كونه معتقاً فتعينَ الإعتاقُ، وكذا إذا ناداه بهذا الأسم؛ لأنه لما صار بمعنى الإعتاق فقد ناداه باللفظ الصريح الدال على العتق. فصار كقوله: يا حرٌّ. وزفر رحمته الله^(١) يفرق بين قوله: هذا مولاي، وبين النداء بأنَّ النداء قد يقع للإكرام، كقوله: يا سيدي، ويا مالكي، فلم يتعينَ الإعتاقُ.

قلنا: الأصلُ هو الحقيقة وقد بيَّنا دلالة اللفظ على العتق، فالتحق بقوله: يا حرٌّ إذا لم يكن علماً، بخلاف قوله: يا سيدي، أو: يا مالكي؛ لعدم الدلالة على العتق، فتعين الإكرام، وأما النداء بالابن والأخ فليس بموجبٍ للعتق؛ لأنَّ النداء بالوصف الذي يمكن إثباته في المنادى من جهة من يناديه يجعلُ إثباتاً لذلك الوصف تصديقاً له في ندائه بذلك الوصف، أما النداء بوصفٍ لا يمكن إثباته من جهة المنادي كان لمجرد إعلامه دون تحقيق ذلك الوصف فيه؛ لعدم إمكان إثباته، والبنوة مما لا يمكن إثباتها حال النداء، فإنه إذا كان مخلوقاً من ماءٍ غيره لا يكونُ ابناً^(٢) له بهذا النداء وكان لمجرد الإعلام، وكذا الأخوة مع ما في إثباتها من حمل النسب على الغير.

(١) «المبسوط» ٦٢/٧، و«الهداية» ٣٣٣/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٠٧/١، و«تبيين

الحقائق» ٦٨/٣.

(٢) في (ج): (إثباتاً).

ومما يلحق بالصریح: وهبُك لنفسك، أو بعُتُك نفسك. ولا يتوقف هذا على قبول العبد؛ لأن ذلك يقتضي زوال الملك إلى العبد، فيزول ملكه بإزالته صريحاً، (فلم يكن صريحاً)^(١) في العتق؛ لأنه ليس موضوعاً له، لكنه ملحق به؛ لكونه يقع من غير نيّة، ولما ملك العبد النفسية دون المالية كان إعتاقاً لا يتوقف على القبول، حتى لو قال: بعُتُك نفسك بكذا، أفتر إلى القبول لمكان ذكر العوض^(٢).

قال: (وقوله لمن لا يولد لمثله: هذا ابني، إعتاق).

رجلٌ قال لعبده / ٧٢ب/ وهو أكبر سنّاً من مولاه: هذا ابني، عتق عند أبي حنيفة^(٣).

وقال^(٣) والشافعي^(٤) رحمهم الله: لا يُعتق.

وهذا الاختلاف مبنيٌّ على أصلٍ وهو أن المجاز خلفٌ عن الحقيقة في التكلم^(٥) عند أبي حنيفة، وعن الحكم عندهما؛ لأنّ الحكم هو المقصود دون العبادة، واعتبار الخلفية فيما هو المقصود أولى من اعتبارها فيما هو وسيلة، فكان الحكم الثابت لمجاز هذا اللفظ خلفاً عن الحكم الثابت بحقيقته، وشرط المصير إلى الخلف تصور الأصل أولاً، ألا ترى أنّ اليمين على مسّ السماء وقلب الحجر ذهباً منعقدٌ باعتبار تصوّر البر في

(١) ساقطة من (ج).

(٢) «الكتاب» ١١٣/٣، و«المبسوط» ٦٢/٧-٦٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٥٨/١،

و«الهداية» ٣٣٣/٢، و«الاختيار» ٢٤١/٤، و«البحر الرائق» ٢٤٣-٢٤٤.

(٣) «الكتاب» ١١٣/٣، و«المبسوط» ٦٧/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧٢/١، و«الهداية»

٣٣٣/٢، و«الاختيار» ٢٤١/٤، و«البحر الرائق» ٢٤٣/٤.

(٤) «الوجيز» ٢٧٨/٢، و«روضة الطالبين» ٤٢٠/٨.

(٥) في (ج): (المتكلم).

الجملة، ثم بحكم العجز الخالي عنه وجبت الكفارة، وأن يمين الغموس غير منعقدة؛ لعدم تصور البر، فعلى هذا قوله لمن هو أكبر سنًا منه: هذا ابني لا يصير مجازًا عن التحرز، لأن الأصل -وهو البنوة- مستحيل، فلم ينعقد سببًا في حق الأصل ليصار إلى الخلف. وأبو حنيفة يقول: المجاز والحقيقة وصفان^(١) للفظ، فاعتبار الخلفية والأصالة فيما يرجع إلى التكلم أولى؛ لأن المتكلم يتصرف في العبارة فيقيم إحدى العبارتين مقام الأخرى، والحكم يثبت بالعبارة أصلًا لا خلفًا؛ لأنه كالتكلم بتلك العبارة التي هذه خلف عنها، وإذا كان المجاز خلفًا عن الحقيقة في التكلم به دون تصور الحكم، لم يكن التكلم بالمجاز مزاحمًا للحقيقة؛ لأن الخلف لا يزاحم الأصل؛ ولهذا قال بأن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف وإن عم حكمه، فعلى هذا يكون التكلم باللفظ مع إرادة ما وضع اللفظ له أصلًا، والتكلم به مع إرادة غير ما وضع له خلفًا، فيكون اللفظ الواحد أصلًا باعتبار، وخلفًا باعتبار، إذ هو الموصوف بكونه حقيقة وبكونه مجازًا، لكن بالإضافة إلى محلين في زمانين.

فإذا شرط صحة المصير إلى الخلف صحة التكلم من حيث اللغة مع قطع النظر عن الحكم، فإذا قال لمن هو أكبر سنًا منه: هذا ابني. فهو كلام صحيح لغة باعتبار اشتماله على شروط الإخبار، فصح جعله مجازًا، ويثبت الحكم به في محل المجاز، وإن أمتنع موجب الأصل. ووجه المجاز أن البنوة في المملوك سبب للحرية إجماعًا أو صلة للرحم، وإطلاق السبب وإرادة المسبب مجاز، فقد أقام قوله: هذا ابني.

(١) في (ج): (صفتان).

مقام قوله: هذا حرٌّ، ووجب الحملُ عليه تحرُّراً عن الإلغاء ولا يقال، فيجبُ أن يكون القائلُ لغيره: قطعْتُ يدَكَ، فأخرجهما صحيحتين مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه بكون القطع سبباً لوجوبه؛ لأننا نقول: القطعُ الخطأ سببٌ لوجوب مالٍ خاصٍّ^(١) وهو الأرشُ، وأنه يخالف مطلقَ المال باعتبار الوصف؛ لأنه يجبُ على العاقلة في سنين فيستحيلُ إثباته بدون سببه، والذي يمكن إثباته وهو مطلقُ المال، فالقطع ليس بسببٍ له، بخلاف الحرية؛ فإنها لا تختلف ذاتاً ولا وصفاً، فأمكن المجازُ فيها^(٢).

فروع: إذا قال: هذا أبي أو أمي، ومثله لا يولد لمثلهما، فهو على هذا الخلاف لما بيَّنا، ولو قال لصبيٍّ صغيرٍ: هذا جدي، قيل: هو الخلافُ، وقيل: لا يُعتق إجماعاً؛ لأنَّ قوله: هذا جدي لا موجبَ له في الملكِ إلَّا بواسطة الأب وهي غيرُ ثابتة في كلامه، بخلاف الأبوة والبنوة؛ لأنَّ لهما موجباً في الملكِ بدون واسطة. ولو قال: هذا أخي. لا يعتق في ظاهر الرواية؛ لأنَّه لا موجبَ له إلَّا بواسطة الأب، وليس في اللفظ ما يثبتها. ووجهُ الأخرى أنَّ الأخوة سببٌ للعتق، فصَحَّ المجازُ، ولو قال لعبده: هذه ابنتي، قيل: هو (على)^(٣) الخلاف، وقيل: لا يعتق إجماعاً؛ لأنَّ المشارَ إليه من جنسِ المسمى، فيتعلق الحكمُ بالمسمَّى وهو معدومٌ، وقد مرَّ الكلامُ في ذلك مشبعاً في كتاب

(١) في (ج): (خالص).

(٢) «الكتاب» ١١٣/٣، و«المبسوط» ٦٦/٧-٦٧، و«فتاوى قاضيه خان» ٥٧٢/١، و«الهداية» ٣٣٣/٢-٣٣٤، و«الاختيار» ٢٤٣/٤.

(٣) من (ج).

النكاح، ولا يُشترط تصديق العبد في قوله: هذا ابني؛ لأن إقرار المالك على مملوكه يصح من غير تصديقه، وقيل: يشترط التصديق فيما عدا دعوى البنوة؛ لأن في غير البنوة حمل النسب على الغير، فتكون دعوى على العبد تلزمه بعد الحرية، فيشترط تصديقه، وإن كان العبد معروف النسب لا يثبت نسبه منه لتعذره، ويُعتق لما ذكرنا^(١).

قال: (ولو نواه بأنك طالق لا نحكم به).

رجلٌ قال لأُمته: أنت طالق، ينوي بذلك الإعتاق. أو قال: تخمري، أو: أنتِ بائنٌ، لم تعتق^(٢).

وقال الشافعي^(٣) رَحِمَهُ اللهُ: تعتق.

وكذا الخلاف في سائر ألفاظ صحيح الطلاق وكناياته.

له: أنه نوى محتمل لفظه؛ لأن بين ملك اليمين والنكاح توافقاً، أمّا ملك اليمين فإنه ملك العين وإنه ظاهرٌ، وأمّا ملك النكاح فإنه في حكم ملك العين، ألا ترى أن التأقيت يبطله، والتأبيد شرط. وقد اشترك^(٤) قوله لامراته: أنتِ طالق، ولأُمته: أنتِ حرّة، في إزالة ما هو حقه وهو ملك (العين في الأمة)^(٥) وما في حكمه، فكان ثبوت هذا المشترك من لوازم هاتين الصيغتين، فجاز أستعمال كل منهما؛ لإفادة هذا

(١) «المبسوط» ٦٨/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧٢/١، و«الهداية» ٣٣٤/٢، و«الاختيار» ٢٤٣/٤-٤٤٤، و«البحر الرائق» ٢٤٣/٤-٢٤٤.

(٢) «الكتاب» ١١٣/٣، و«المبسوط» ٦٣/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٣/١، و«الهداية» ٣٣٤/٢، و«الاختيار» ٢٤٣/٤، و«درر الحكام» ٣/٢.

(٣) «المهذب» ٣/٢، و«روضة الطالبين» ٣٨١/٨، و«غاية البيان» ص ٢٣٤.

(٤) في (ج): (اشترط).

(٥) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ج).

المشترك؛ ولهذا وَقَعَ الطلاقُ بقوله لا امرأته: أنتِ حرّةٌ. فوجب أن تُعتقَ بقوله: أنتِ طالقٌ؛ إعمالاً للصيغة فيما هو من لوزام حقيقتها.

ولنا^(١): أنه نوى /١٧٣/ ما لا يحتمله لفظه؛ لأنّ الإعتاق إثباتُ القوة، والطلاق رفعُ القيد؛ وهذا لأنّ العبدَ ملحقٌ بالجمادات والأموال، وبالإعتاق يحيا، فيقدر على التصرفات الشرعية في الأفعال والأقوال والولايات.

والمنكوحة قادرةٌ بنفسها، إلّا أن قيدَ النكاح مانعٌ، وبالطلاق يرتفع المانع فتظهرُ القوة، ولا خفاء أن الإعتاق أقوى، فما يصلحُ مزيلاً للأقوى كان مزيلاً للأدنى من غير عكس؛ ولأنّ ملكَ اليمين فوقَ ملكِ النكاح؛ لأنّ ملكَ اليمين إذا طرأ على ملكِ النكاح أبطله فكان إسقاطه أقوى، واللفظُ يُستعملُ مجازاً فيما هو دونَ حقيقته لا فيما هو فوقها، فاتضح الفرقُ بين الاستعمالين.

فلا تُعتقُ بأنّ طالقٌ، وتُطلقُ بأنّ حرّةٌ مع النية؛ ولأنّ صريحَ الطلاقِ وكناياته تستعملُ لحرمةِ الوطء، وحرمةُ الوطء تنافي النكاح ولا تنافي المملوكية، فلا يقع كنايةً عنه.

قال: (ولو قال: أنت مثل الحر لم يُعتق، أو ما أنت إلّا حرٌّ عُتِقَ).

أمّا الأول فلأنّ المماثلة لا تستدعي الشركة من جميع الوجوه عرفاً فوقع الشكُّ في الحرية.

(١) «الكتاب» ١١٣/٣، و«المبسوط» ٦٣/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٣/١، و«الهداية» ٣٣٤/٢، و«الاختيار» ٢٤٣/٤، و«درر الحكام» ٣/٢.

وأما الثاني فلأنه إثبات الحرية فيه بطريق الحصر والتأكيد^(١).

قال: (وقوله: عبي أو حماري حرّ إعتاق).

إذا أدخل كلمة (أو) بين من هو محلّ للعتق، وبين من ليس بمحلّ يُعتق العبدُ عند أبي حنيفة^(٢) رَحِمَهُ اللهُ، وقالوا^(٣): لا يُعتق؛ لأنَّ كلمة (أو) للشك في غير الطلب، فكأنه قال: عبي حرّ أو لا، وله أن كلمة (أو) لأحد الشيئين أو الأشياء، فلا فرق بين أن يفصل أو يقول: أحدهما حرّ؛ لتساويهما في المعنى، ولو قال كذلك وَجَبَ صرفه إلى العبد؛ لقبول المحلّ، وكذلك لو جمع بين حيٍّ وميتٍ أو جمادٍ فقال أنشأت: إنَّ العتق في أحد هذين، لا نجدُ تفرقةً بينه وبين ما لو قال: أعتقتُ عبي أو هذا؛ ولهذا لو نوى عتق عبده بهذا الكلام عُتق إجماعاً، بخلاف: عبي حرّ أو لا، فإنه لو نوى به الإعتاق لم يصحّ^(٤).

قال: (ومن ملك ذا رحمٍ محرمٍ منه عُتق عليه ولا نخصّ الولاد).

إذا ملك الرجلُ (أباه)^(٤) أو ابنه عُتق عليه بالإجماع^(٥)، وهذه هي قرابة

(١) «الكتاب» ١١٤/٣، و«المبسوط» ٦٩/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٠/١، ٥٦٣،

و«الهداية» ٣٣٥/٢، و«الاختيار» ٢٤٤/٤، و«البحر الرائق» ٢٤٧/٤.

(٢) «المنظومة» لوحة (٣)، و«المبسوط» ٢٤٠-٢٤١/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٠/١ -

٥٦١، و«فتح القدير» ٥١٩/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٦٤٩/٣، و«تبين الحقائق» ٦٩/٣.

(٣) «المبسوط» ٢٤٠-٢٤١/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٠-٥٦١/١، و«تبين الحقائق»

٦٩/٣، و«فتح القدير» ٥١٩/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٦٩/٣.

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «الإجماع» للنيسابوري ص ١٥٤.

الولاد، (ولو ملك أخاه، أو عمه، أو خالته، أو عمته فعندنا يُعتق، كما تُعتق قرابة الولاد)^(١) بالملك^(٢)، وعند الشافعي^(٣) رَضَّ اللَّهُ لا يُعتق.

وذو الرِّحْم المحرم: كلُّ شخصين يدلّيان إلى أصلٍ واحدٍ بغير واسطة كالأخوين، أو أحدهما بواسطة، والآخر بغير واسطة كالعم وابن الأخ إلى الجد، ولا يُعتق ذو رحمٍ غير محرم كبنّي الأعمام والأخوال، وبنّي العمّات والخالات، ولا محرم غير رحم كالمحرمات بالصهرية والرضاع. له أنّه عتق ثابت من غير رضا المالك، فيكون على منافاة الدليل، وقرابة الأخوة وما يشبهها نازلة عن قرابة الولاد. (وقد قال رَضَّ اللَّهُ: «لن يجزي ولد والده حتى يجده مملوكًا فيشتره فيعتقه»^(٤))، فبقيت في قرابة الولاد عملاً به على خلاف القياس، فلا يثبت فيما هو نازل، عنها؛ لامتناع الإلحاق؛ لعدم المساواة، أو أمتناع الدلالة لقوة قرابة الولاد^(٥)؛ ولهذا فإنه إذا ملك المكاتب أباه أو ابنه تكاتب عليه، حتى إذا أدى بدل الكتابة عتقوا، بخلاف ما لو ملك أخاه أو عمه فإنه لا يتكاتب عليه إجماعاً.

ولنا^(٥): عموم قوله رَضَّ اللَّهُ: «من ملك ذا رحمٍ محرمٍ منه عتق عليه»^(٦). ولأنّه ملك قرينة القرابة المؤثرة في المحرمية التي يفترض وصلها ويحرم

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الكتاب» ١١٤/٣، و«المبسوط» ٧٠/٧، و«الهداية» ٣٣٥/٢، و«الاختيار» ٢٤٤/٤، و«البحر الرائق» ٢٤٧/٤.

(٣) «الأم» ١٤/٨، و«المهذب» ٥/٢، و«الوجيز» ٢٧٥-٢٧٦/٢، و«روضة الطالبين» ٤٠٣-٤٠٤/٨.

(٤) رواه مسلم (١٥١٠).

(٥) «الكتاب» ١١٤/٣، و«المبسوط» ٧٠/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٣/١، و«الهداية» ٣٣٥/٢، و«الاختيار» ٢٤٤/٤، و«البحر الرائق» ٤٧/٤.

(٦) رواه النسائي في «الكبرى» ١٧٣/٣ (٤٨٩٧) وقال: وهو حديث منكر.

قطعها ؛ ولذلك وجبت النفقة وحرم النكاح ؛ لأنَّ وجوب النفقة كان لمعنى الصلة ، فإنَّ حرمانها يفضي إلى القطيعة ، وكذلك حُرِّم النكاح ؛ صوناً لها عن القطيعة ، وبقاء الرقِّ أقوى في القطيعة من حرمان النفقة ، فلمَّا وجبت النفقة رعاية لصيانتها عن القطع ؛ فلأنَّ يثبت العتق عند الملك صيانةً (عن القطع)^(١) وتحقيقاً للصلة كان أوَّلَى ، ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام ؛ لعموم العلة.

وأما المكاتب فملكه (ملك)^(٢) ناقص ، فإذا ملك أخاه لم يتكاتب عليه ، وكما أنَّ الملك هو الذي يعقبه العتق ، والكلام مفروض في الملك الكامل ، بخلاف قرابة الولاد ؛ لأنَّ العتق فيه من مقاصد الكتابة التي جزء في معنى نفسه ، وعتق نفسه مقصود (لعقد)^(٣) الكتابة ، فكذا جزؤه ، ولا جزئية في غير الولاد على أنَّه يتكاتب عليه في رواية عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(٤) ، وهو قولهما^(٥).

فلنا المنع ، وهذا بخلاف مالو ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع ؛ لأنَّ الشرط في العتق (عليه)^(١) كون المحرمية بسبب القرابة ، (لينتهض دليلاً على أنَّ ملك القرابة)^(٥) محرمة القطيعة واجبة الصلة ، والمحرمية ههنا لا تثبت القرابة فلم يتحقق الشرط ، ويدخل في هذا العتق الصبي والمجنون ، فيكونان أهلاً للعتق عليهما عند الملك ؛ لتعلق حقِّ العبد به فشابه النفقة.

(١) من (ب) ، و(ج).

(٢) من (ب).

(٣) غير واضحة بالأصل ، والمثبت من (ب) ، (ج).

(٤) «الهداية» ٣٣٥ / ٢ ، و«تبين الحقائق» ٧٠ / ٣ ، و«مجمع الأنهر» ٥١٢ / ١.

(٥) ساقطة من (ب) ، و(ج).

قال: (ومن أعتق لغير الله، أو كان مكرهاً أو سكراناً عُتِقَ).

إذا أعتق عبده للشيطان أو للصنم / ٧٣ب/ عُتِقَ العبدُ وكان المعتقُ عاصياً. أمّا الإعتاقُ فلصدور الإنشاء من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية فنفذ، ولغت تسمية الجهة وعصى الله بتسميتها لتشبهه بالكفرة وعبدية الأصنام، وأمّا عِتْقُ المكره والسكران^(١) فهو كطلاقهما، وقد مرَّ في كتاب الطلاق^(٢).

قال: (ولو أعتق الأمُّ عتقَ حملها ولا ينعكس).

إذا أعتق حاملاً عتقَ حملها؛ لأنَّه متصلٌ بها فكان كالجزء منها، فعتق تبعاً لها، ولو أعتق الحملَ خاصةً عتق، ولا تُعتق الأمُّ. أمّا عتق الحمل؛ فلأنَّ العتق لما كان مندوباً إليه وجب السعيُّ في تحقيقه ما أمكن، وقد أمكن جعله نفساً على حدة؛ لأنَّه بعرضية الانفصال، ألا ترى أنَّه أصلٌ في استحقاق الوصية والإرث وغيرهما.

وأما عدمُ عتقِ الأمِّ؛ فلأنَّه لا يمكن جعلها مقصودةً بالعتق؛ لعدم الإضافة، ولا بحكم التبعية؛ لما فيه من قلب الموضوع فامتنع، ثمَّ إعتاق الحملِ صحيحٌ، بخلاف بيعه وهبته، والفرق بينهما أنَّ القدرة على التسليم شرطٌ في البيع، ونفسُ التسليم شرطٌ في الهبة، ولا يُتصور ذلك في الجنين؛ بخلاف الإعتاق لأنَّه إسقاطُ الملك فلا يفتقر إلى التسليم ولا القدرة عليه، ولو أعتق الحملَ على مالٍ صحَّ، ولا يجب المالُ، فإنَّه لا وجهَ إلى إلزامه الجنينَ، لعدم الولاية ولا إلى إلزامه الأمِّ؛

(١) في (ج): (النسيان).

(٢) «الكتاب» ١١٧/٣، و«المبسوط» ٦٢/٧، و«الهداية» ٣٣٦/٢، و«الاختيار»

٢٤٥/٤، و«درر الحكام» ٥/٢، و«البحر الرائق» ٢٤٨-٢٤٩.

لأنَّ الحملَ في حقِّ العتقِ أصلٌ، واشترائطُ بدلِ العتقِ على غيرِ المعتقِ لا يجوزُ.

ويعرفُ قيامُ الحملِ وقتَ العتقِ إذا جاءت به لأقلُّ من ستَّةِ أشهرٍ من حينِ اعتقٍ؛ لأنَّه أدنى مدَّةِ الحملِ^(١).

قال: (ويتبع الولدُ الأمَّ مطلقاً إلا من المولى).

يعني بالإطلاق أنه يتبعها في الحرِّية والمملوكية وأمية الولد والتدبير والكتابة. واستثناء المولى يفهم أنَّ ولدَ الأمة من زوجها عبدٌ لمولاها، وولدها من المولى حرٌّ؛ لأنَّه مخلوقٌ من مائه، فيعتق عليه، هذا هو الأصلُ، ولا معارض له فيه؛ لأنَّ ولدَ الأمة لمولاها، وإذا أنخلق على ملكه عُتق عليه، وأمَّا أنَّ ولدها من زوجها مملوكٌ لسيدها، فلترجح جانبُ الأمِّ باعتبارِ الحضانة، أو لاستهلاكِ مائه بمائها، والمنافاة متحققة، والزوجُ قد رضي بذلك، بخلافِ ولدِ المغرور^(٢).

وصورة المسألة: إذا تزوجَ امرأةً، أو اشترى أمةً فاستحقت وقد استولدها، كانت الجارية للمستحقِّ ويجب عليه العقرُ له، وولده يكون حرًّا بالقيمة؛ لأنَّ الوالدَ لم يرض بذلك، وعلى ذلك إجماعُ الصحابة رضي الله عنهم، وولدُ الحرِّ حرٌّ على كلِّ حال؛ لأنَّ جانبها راجحٌ، فيتبعها في وصفِ الحرِّية، كما يتبعها في وصفِ المملوكية.

(١) «الكتاب» ١١٨/٣، و«الهداية» ٣٣٦/٢، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٢/١،

و«الاختيار» ٢٤٥/٤، و«درر الحكام» ٥/٢، و«البحر الرائق» ٢٤٩/٤.

(٢) «الكتاب» ١١٩/٣، و«الهداية» ٣٣٦/٢، و«الاختيار» ٢٤٥/٤، و«درر الحكام»

٦-٥/٢، و«البحر الرائق» ٢٥١/٤.

قال: (وإذا ولدت المكاتبَةُ بنتًا وهي أخرى فأعتق الوسطى،
فالسفلى حرَّةً تبعًا).

المكاتبَةُ إذا ولدت بنتًا، وولدت البنتُ بنتًا أخرى، فأعتق المولى البنتَ
الوسطى^(١) عتقت هي وعتقت السفلى معها^(٢).

وقال^(٢): لا تعتق السفلى؛ لأنَّ السفلى تبعُ العليا كالوسطى؛ ولهذا
تسعيان وتؤديان بدلَ الكتابةِ على نجومها، وليست تبعًا للوسطى؛ لأنَّها
تبعٌ، والتبعُ لا يستتبع. فينزلان من العليا منزلةَ الولدين، ألا ترى أنَّه
لو أشتريَ جاريةً فولدت بنتًا وهي أخرى فقبضهن على تساوي قيمتهن،
فإن الثمنَ ينقسم أثلاثًا. وله أنَّ السفلى تبعُ الوسطى بغير واسطةٍ، وتبعُ
العليا بواسطةِ الوسطى، فتعتق بعتق كلِّ منهما كدَيْنٍ به كفيل، وعن
الكفيل كفيلٌ به، فإنَّ إبراءَ الأصلِ يوجب براءتهما، وبراءةُ كفيلِ الكفيلِ
يقتصرُ عليه، وبراءةُ الكفيلِ الأولِ توجب براءته، وبراءةُ الثاني والوسطى
ليست تبعًا من كلِّ وجهٍ، بل هي أصلٌ من وجهٍ؛ لأنَّ العقدَ تناولها قبلَ
أنفصالها عن العليا؛ ولهذا يبقى عقدُ الكتابةِ بعد موتِ العليا^(٣) على
نجومه عند بقاء الوسطى، ولا يقال: إنه بقاء السفلى؛ لأنَّا نقول: ذلك
دليلٌ على أنَّ السفلى أصلٌ من وجهٍ، فبالأولى أن تكون الوسطى
أصلًا، فإذا كانت أصلًا من وجهٍ جاز أن تستتبعَ من ذلك الوجه،
وما أستشهدا به دليلٌ لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ التبعيةَ باعتبارِ التفرع،

(١) ساقطة من (ج).

(٢) «المنظومة» لوحة (٣)، و«الكتاب» ١٢٨/٣-١٢٩، و«المبسوط» ٢٣٨/٧،
و«الفتاوى الهندية» ١١/٥.

(٣) في (ب): (المولى).

والسفلى متفرعة عن الوسطى حقيقةً، فنزلت منزلة الزيادة المتصلة حتى تضاعف قيمتها، فينقسم كل الثمن عليهما (أثلاثاً)^(١) ثم ما أصاب الوسطى - وهو الثلثان - ينقسم عليها وعلى ولدها أنصافاً.

قال: (ولو قال: أول ولد تلدينه حرٌّ فأنت به ميتاً، فالثاني الحي حرٌّ).

رجلٌ قال لأُمته: أول ولد تلدينه فهو حرٌّ، فولدت ولداً ميتاً، ثم آخر حياً، عُتق الحي^(٢).

وقال^(٣): لا يعتق؛ لأنَّ الشرط ولادة أول ولد، وهذا ولد ثانٍ؛ لأنَّ الولد الأول وإن كان ميتاً، فهو مولود حقيقةً وشرعاً، أمّا حقيقةً فظاهر. وأمّا شرعاً: فلأنه ثبت به أمية الولد، ويتنجز الطلاق المعلق بولادة أول ولد. وتنقضي بولادته العدة.

وله^(٣): أنه جعل عتق المولود أولاً جزاء الولادة. وإنما يصح ذلك إذا كان حياً فيتقيد به بالضرورة / ١٧٤ / ويصير كأنه قال: أول ولد حي تلدينه حرٌّ. ولو كان كذلك يعتق الحي، وإن كان قد ولد بعد الميت فكذا هذا.

قال: (وإذا خرج عبدٌ إلينا مسلماً عتق).

(إذا خرج عبدٌ من دار الحرب إلى دار الإسلام مسلماً عتق)^(٤)؛ لقوله

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الجامع الكبير» ص ٤٠، و«المبسوط» ١٣٤ / ٧، و«الهداية» ٣٧٢ / ٢، و«الفتاوى الهندية» ٢٥ / ٢، و«حاشية ابن عابدين» ٨٠٦ / ٣.

(٣) «المبسوط» ١٣٤ / ٧، و«الهداية» ٣٧٢ / ٢.

(٤) ساقط من (ب) و(ج).

ﷺ في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين: «هم عتقاء الله»^(١)، ولأنه أحرز نفسه قبل الاستيلاء عليه؛ بسبق يده على نفسه، والمسلم لا يسترَق^(٢) ابتداءً^(٣).

قال: (وإعتاقُ حربيِّ مثله ثمةٌ باطلٌ ما لم يُخلَّ عنه).

إذا أعتق الحربيُّ عبده الحربيَّ في دار الحرب، وهو في يده مستولٍ عليه لا يُعتَقُ حتى لو أسلم، أو صار ذميًّا وهو عنده فهو عبده^(٤).
وقال^(٤): يُعتَقُ؛ لأنَّ الإعتاق إثباتُ العتق وهو أهلٌّ له، بدليل صحة صدوره منه في دار الإسلام، والعبْدُ ملكُهُ، فولايتُهُ ثابتةٌ، وهو محلُّ العتق فينفذ عتقه.

وله: أنَّ الإعتاق إزالةُ الملك، واستيلاؤه عليه سببٌ للملك؛ لأنَّ العبدَ في دار الحرب محلٌّ لورود الاستيلاء التام (عليه)^(٥) فيكون إزالةُ الملك مقارناً لثبوته بالاستيلاء التام الحاصل بكونه في يده في دار الحرب، أو يتعقب ثبوت الملك بزواله، فيكون عبداً (له)^(٥)، بخلاف مالهو كان العبدُ مسلماً؛ لعدم تحقق (الاستيلاء التام على المسلم لا يتصور وإن

(١) رواه أبو داود (٢٧٠٠)، والترمذي (٣٧١٥)، وقال: حسن صحيح. اهـ من حديث علي بن أبي طالب.

(٢) في (ب): (يستوفى).

(٣) «الكتاب» ١١٨/٣، و«الهداية» ٣٣٦/٢، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧٣/١، و«الاختيار» ٣٨٢/٤، و«تبيين الحقائق» ٧١/٣، و«فتح القدير» ٤٤٤/٤، ٤٥٣، و«مجمع الأنهر» ٥١٣/١.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٤٠٢، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧٣/١، و«فتح القدير» ٤٥٢/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٦٥٠/٣.

(٥) من (ب)، و(ج).

كان في دار الحرب وليس بمحلٍّ لورود^(١) الأستيلاء عليه، وبخلاف ما إذا أعتق الحربى المستأمن في دار الإسلام عبداً حربياً، وهو آخذٌ بيده؛ لأنَّ أستيلاءه في دار الإسلام لا يكون تاماً؛ لأنَّ الدارَ دارُ العصمة وقد دخل فيها بأمان.

قال: (ولو خرجا مسلمين يجعل ولاءه له).

الحربى إذا أعتق عبده الحربى في دار الحرب ثم خرجا إلينا مسلمين. قال أبو حنيفة^(٢) ومحمد^(٢) رحمهما الله: لا ولاء للمعتق عليه فيوالي من شاء.

وقال أبو يوسف^(٢) رحمه الله: ولاؤه لمن أعتقه في دار الحرب؛ لأنَّ الولاء كالنَّسب وهو يثبت ممَّنْ باشره في دار الإسلام، فكذلك الولاء؛ لأنَّ سببه الإعتاق، كما لو أعتق الحربى عبداً مسلماً في دار الحرب، ثم خرجا إلينا مسلمين.

ولهما^(٢): أنَّ لزومَ الولاء من أحكام الإسلام، والعبْدُ حربى فما دام في دار الحرب لا تلزمه أحكام الإسلام، فإذا خرج إلينا فقد خرج، ولا ولاء (له)^(٣) عليه، فلا يثبت قياساً على ما تقدم معتضداً^(٤) باستصحاب الحال، بخلاف المسلم؛ لأنَّ الحرية الثابتة بإعتاقه ثمَّة تأكدت

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوى» ص ٤٠٢، و«المبسوط» ٩١/٧-٩٢، و«فتاوى قاضى خان» ٥٧٣/١، و«فتح القدير» ٤٥٢/٤، و«درر الحكام» ٣٤/٢، و«البحر الرائق» ٢٤٧-٢٤٨، و«حاشية ابن عابدين» ٦٥٠/٣.

(٣) من (ب).

(٤) في (ج): (مقتصدًا).

بإسلامه، والمسلم في دار الحرب يلزمه كثير من أحكام الإسلام، فجاز أن يلزمه هذا الحكم، فإذا خرجا فقد خرج العبد وعليه ولاء فيستمر.

قال: (ولو أدخل المستأمن عبداً مسلماً إلى دار الحرب فهو مُعتَقٌ بغير ولاءٍ، وكذا لو أسلم ثمة فباعه من مسلم أو ذمي حربي).

مستأمنٌ اشترى عبداً مسلماً في دار الإسلام، ثم دخل به إلى دار الحرب. قال أبو حنيفة^(١) رَحِمَهُ اللهُ: يُعتَقُ، ولا ولاء عليه. وقال^(٢): لا يعتق، فكذا عبد الحربي إذا أسلم في دار الحرب فابتاعه مسلم أو ذمي في دار الحرب يعتق عنده، خلافاً لهما. ولو غنمه المسلمون عتق بالإجماع؛ لأنه يقوى بالمسلمين وقهر مولاه، فصار كالخروج إلى دار الإسلام.

لهما: أن الملك ثابت فيه للحربي، فلا يزول بإدخاله دار الحرب؛ لأن إدخاله ليس بإزالة الملك، والملك الثابت لا يزول بدون الإزالة، وصار كما لو اشترى حربياً وأدخله في دار الحرب. ولهما: في المسألة الثانية أن المسلم والذمي لم يصدر منهما عتقه، ومالكة لم يزل عنه ملكه فوجب بقاء الرق.

وله: في الأولى أن العبد استحق بإسلامه إزالة ملك الحربي عنه، إما بالبيع أو بما يقوم مقامه، كأم ولد النصراني إذا أسلمت تخليصاً له من ذل

(١) «فتاوى قاضيخان» ١/٥٥٨، ٥٧٣، و«الهداية» ٢/٤٤٤، و«الاختيار» ٤/٣٨٢، و«البحر الرائق» ٤/٢٣٩.

(٢) «فتاوى قاضيخان» ١/٥٥٨، ٥٧٣، و«الهداية» ٢/٤٤٤، و«الاختيار» ٤/٣٨٢، و«حاشية ابن عابدين» ٣/٦٤٠.

رقّ الكافر، وهذا ما دام في دار الإسلام مستأمنًا لحرمة ملكه بسبب الأمان، فإذا أدخله دار الحرب أَسْتَحَقَّ الإزالة بالعتق؛ لانتفاء حرمة ماله. وإذا لم تجب الإزالة بعوض وهو حقّ المولى وجبت الإزالة بالعتق حقًا للعبد؛ ولأنّه لما أَسْتَحَقَّ بالإسلام إزالة الملك عنه، وقد تعذر الجبر عليه بدخوله دار الحرب فتعيّن العتق مخلصًا بطريق إقامة شرط الزوال، وهو العود إلى دار الحرب، فإنه قاطع للعصمة مقام علة الزوال، كامرأة الحربيّ إذا أسلمت في دار الحرب بانت بثلاث حيض بدون التفريق، وله في الثانية إمكان عتقه بإقامة شرط الزوال مقام عتقه عند تعذره، وهذا هو المذكور في «شرح الجامع» لقاضي خان (وغيره)^(١)، وذكر في «شرح الطحاوي»: أنّه يعتق بعرضه على البيع من مسلم أو كافر قبل البيع؛ لأنه بالإسلام أَسْتَحَقَّ العبد^(٢) العتق فيحتاج إلى السبب ليزول ملكه عنه، فلما عرضه على البيع وجد رضاه بزوال ملكه عنه، فأقيم مقام السبب المزيل.

قال بعض مشايخنا: وهذا هو الصحيح؛ لأنه لو عُتِقَ بعد ثبوت الملك للمشتري يكون ضررًا في حقّ المسلم بزوال ملكه بدون إزالته، وإن عُتِقَ بعد الشراء قبل ثبوت الملك له لزمه ضررٌ خروج بدله عن ملكه ويده، بدون حصول ما يقابله في ملكه ويده فينتقي بالنافي / ٧٤ب/ لكنه إذا عُتِقَ بالعرض على البيع فهو يعلم أنه حرٌّ، فيجعل ما يبذله فداءً للمسلم وتخليصًا له من يد الكافر، فلا يلحقه ضررٌ عدم الحصول له^(٣).

(١) من (ب). وانظر: «شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد» ص ٤١٢.

(٢) في (ج): (العتق).

(٣) «فتاوى قاضيخان» ١/ ٥٥٨، ٥٧٣، و«الهداية» ٢/ ٤٤٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٢.

قال: (ولو (أعتقه) على مال فقبل، عتق ولزمه).

وهذا مثل أن يقول أنت حرٌّ بألفٍ أو على ألف، أو على أن لي عليك ألفاً، أو على أن تعطيني ألفاً. وإنما قيده بقبوله؛ لأنه معاوضةٌ ومن شرطها القبول في الحال كالبيع؛ ولهذا قلنا: يُعتق إذا قبل؛ لأنه علّق العتق بالقبول لا بأداء المال. ومعنى قوله: (ولزمه) أي: ويصير ما شرط على العبد من المال ديناً لازماً عليه حتى تصحّ الكفالة به، وهذا بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصحّ الكفالة به، والفرق أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً؛ لأنّ ذمة العبد ضعفت برقه، فلم تحتل الدين بنفسها ما لم ينضم إليها ما يؤكدها، وهي إمّا مالية الرقبة، أو مالية الكسب.

ومالية الرقبة لا تصلح جابراً في حقّ المولى؛ لأنّها مستحقة له، فكان الدين الثابت على المكاتب على منافاة الدليل بالنص، فلا يتعدى من الكتابة إلى صحة الكفالة، وههنا ثبت على مقتضاه، فإنه يعتق أولاً ويلزمه المال ثانياً، فتظهر في حقّ الكفالة وقوله: (على مال) ينتظم ما يصدق عليه من العرض والنقد والحيوان معيناً كان أو غير معين؛ لأنّها معاوضة مالٍ بغير مال؛ لأنّ العبد لا يملك نفسه، فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد، وكذا الطعام والمكيل والموزون والمعلوم الجنس، وإن كان مجهول الوصف؛ لأنّ تلك الجهالة يسيرة، وإنما أجزنا في هذه المعاوضة الجهالة اليسيرة دون الفاحشة؛ لأنّ في معاوضة المال بغير المال جهتين؛ لأنها شبيهة بالبيع من حيث إنّ في مقابلته عوضاً، وشبيهة بالإقرار من حيث إنه ليس في مقابلته (ما له)^(١) حكم المال، وفي الإقرار يتحمل الجهالة يسيرة كانت أو فاحشة، وفي

(١) في (ب): (ما يأخذ).

البيع لا يتحمل أصلاً فعملنا بالشبهين فتحملنا فيها اليسيرة دون الفاحشة^(١).

قال: (أو علقه بأدائه صحَّ وصار مأذوناً).

وهذا مثلُ أن يقول: إن أديت إليَّ ألفاً، فأنت حرٌّ، ومعنى الصحة عتقه عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً حتى صحَّ بيعه قبل أداء الألف، وإنما صار مأذوناً؛ لأنَّ المولى لما طلب منه أداء المال، وطريقه الكسب بالتجارة غالباً، فقد أذن له في التجارة دلالةً. وإنما لم يصير مكاتباً؛ لأنه صريحٌ في تعليق العتق بالأداء، وإن كان في ذلك معاوضةٌ في الانتهاء على ما تقرر، وإذا كان تعليقاً بالأداء فما لم يؤد المال كله لم يوجد شرط العتق فلا يعتق، وليس بمكاتب صريحاً فله بيعه^(٢).

قال: (وإذا أحضره أجبرناه على القبول).

(هذه من الزوائد)^(٣)، إذا أحضر العبدُ المالَ أجبر الحاكمُ المولى على قبوله، وعُتق العبدُ، ومعنى الإيجاب ههنا وفي سائر الحقوق: أن ينزل المولى قابضاً بالتخلى بينه وبين المال^{(٤)(٥)}.

وقال زفر^(٦) رَحِمَهُ اللهُ: لا يجبر على القبول وهو القياس؛ لأن هذا تعليقٌ

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٧، و«الكتاب» ١١٩/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٨/١، و«الهداية» ٣٤٧/٢، و«درر الحكام» ١٥/٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٧، و«الكتاب» ١١٩/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٨/١، و«الهداية» ٣٤٨/٢، و«درر الحكام» ١٥/٢.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٧، و«المبسوط» ٢١٤/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٨/١، و«الهداية» ٣٤٨/٢، و«درر الحكام» ١٥/٢.

(٥) في (ب): (المولى).

(٦) «الهداية» ٣٤٨/٢.

العتق بالأداء فكان بيننا؛ ولهذا لم يتوقف على قبول العبد، ولم يحتمل الفسخ، وشروط الأيمان لا يجبر عليها؛ لأنَّ الاستحقاق يتبع وجود الشرط، بخلاف الكتابة؛ لأنها معاوضة، والبدل فيها واجب. ولنا أنه وإن كان تعليقاً لفظاً، إلا أنه معاوضة نظراً إلى المقصود؛ لأنه لم يعلق بالمال إلا حثاً له على إحضاره لينال^(١) العبد الحرية، والمولى المال بمنزلة الكتابة؛ ولهذا جعلناه عوضاً في الطلاق بهذا اللفظ حتى وقع الطلاق بائنًا، فجعلناه تعليقاً ابتداءً باعتبار اللفظ نظراً للمولى حتى لا يمتنع عليه بيعه، ولا يكون العبد أحقَّ بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء، وجعلناه معاوضةً أنتهاءً نظراً للعبد؛ دفعاً للغرور عنه حتى يجبر المولى على قبوله عند إحضاره. ونظير هذه المسألة الهبة بشرط العوض، ولا يقال: لا يمكن جعله عوضاً؛ لأنَّ البدل والمبدل كلاهما عند الأداء للمولى؛ لأننا نقول: لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة على ما بيننا ثبت شرط صحتها اقتضاءً، وهو كون العبد أحقَّ بالمؤدى فثبت سابقاً على الأداء عند وجوده، وصار كما لو كاتب عبده على نفسه وماله، وكان الكسب مآلاً قبل الكتابة، فإنه يصير أحقَّ بذلك المال حتى إذا أداه عُتِقَ، وهذا الجواب مبني على القول بالاقتضاء.

تفريع: فلو أدى البعض يجبر على القبول، لكن لا يعتق حتى يؤدي الكل؛ لعدم الشرط قبل التمام، كما إذا حظَّ البعض وأدى البعض، ولو أدى ألفاً كان أكتسبها قبل التعليق عُتِقَ؛ لوجود الشرط ورجع المولى عليه لاستحقاقه إياها^(٢).

(١) في الأصل: (لتناول).

(٢) «الهداية» ٢/٣٤٨.

قال : (ويجعل التعليق بحرف إن كإذا ، ومتى ، حتى لو باعه ثم اشتراه فأحضره يأمر بإجباره).

ذكر المسألة الخلافية ، ونبه على أصلها ، وموضع الإجماع أيضاً .
فأما الخلافية : فإذا قال : إن أديت إلي ألفاً فأنت حرٌ .

قال أبو حنيفة^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله : يقتصر هذا التعليق على المجلس ، فإن أدى الألف في مجلسه ذلك عُتِقَ وإلا فلا .

وقال أبو يوسف^(١) رَحِمَهُ اللهُ : لا يقتصر / ١٧٥ / على المجلس حتى لو باعه ثم اشتراه فأحضر إليه المال يجبر المولى على القبول ، ويعتق العبد ، ولو كان قال : إذا أديت أو متى أديت . لم يقتصر على المجلس إجماعاً .
له أنه تعليق من المولى بالأداء فيعتبر بسائر التعليقات ، وإنما الجبر إلى القبول باعتبار ما فيه من معنى المعاوضة .

فيعتق العبد إذا خلّي بينه وبين المال في المجلس أو فيما وراء المجلس ، أو بعدما باعه ثم اشتراه ؛ إذ التعليق لا يبطل بتبدل المجلس ، وصار كالتعليق بـ (إذا) ، أو (متى) .

ولهما : أنه خيرٌ بين أن يحصل عتق نفسه ، وبين أنه لا يحصل ؛ لأنه وإن كان تعليقاً في اللفظ إلا أنه معاوضةٌ أنتهاءً ، وانتهاءً المعاوضة تمليكٌ ، والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس ، فصار كقوله : أنت حرٌ إن شئت ، وهذا لأنّ المعاوضة تقتضي أن يوجد من كلّ من المتعاضين ما يختصّ (به في المجلس ، وقد وجد من المولى ما يختصّ به منها ، فوجب أن يوجد من العبد ما يختصّ)^(٢) به منها . وليس ذلك إلا الأداء ؛ إذ القبول منه ليس بشرط

(١) «مختلف الرواية» ٢ / ١٠٩٤ ، و«فتح القدير» ٥ / ١٠ - ١١ .

(٢) ساقط من (ج) .

أصلاً، بخلاف الكتابة؛ إذ شرطها القبول في المجلس، بخلاف (متى) و(إذا)؛ لأنَّ التعليقَ بهما ينافي الأقتصارَ على المجلس؛ لأنَّ (متى) لعموم الأوقات و(إذا) بمعناها، فإذا باعه فقد أبطل ما في تعليقه (من معنى المعاوضة والإجبار على القبول باعتبار بقائها، فامتنع الإجبار، ولكن لو قبضه)^(١) اختياراً عُتِقَ؛ لأنَّ ما فيه من معنى التعليق لم يبطل بالبيع، فإذا وجد الشرط عُتِقَ^(٢).

قال: (أو على أن يخدمه سنة ثم مات، أو على قدر من الخمر فأسلم أحدهما رجع في تركته، وعليه بقيمة نفسه وحكم بقيمة خدمته ومقدارها).

هاتان مسألتان:

الأولى: رجلٌ أعتق عبده على أن يخدمه سنةً فقبل العبدُ حتى عتق، ثم مات العبدُ قبل أن يخدمه شيئاً، يرجع المولى في تركته العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة^(٣) وأبي يوسف^(٣) رحمهما الله.

وقال محمد^(٣) رَحِمَهُ اللهُ بقيمة خدمته سنةً، ولو كان مات في أثناء السنة وجب عندهما^(٣) من قيمته قسْطُ ما بقي من الحول.

وعند محمد^(٣) رَحِمَهُ اللهُ من قيمة الخدمة قسْطُ ما بقي من الحول.

له: أنه عقدٌ لا يقبل الأنفساخ فيكون الموجبٌ لتقديم الخدمة قائماً، وقد عجز عن تسليمها فيلزمه قيمتها، كما لو تزوج امرأةً على عبدٍ الغير.

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٧، و«فتح القدير» ١٠/٥-١١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٨-٣٦٩، و«الهداية» ٢/٣٤٩، و«تبيين الحقائق» ٣/٩٥،

و«درر الحكام» ٢/١٦، و«البحر الرائق» ٤/٢٨٣، و«الفتاوى الهندية» ٢/٣٣.

ولهما^(١): أَنَّ المولى باذلُ المال بالخدمة في هذا العقد، فلم يكن راضياً بزوال ملكه عن العبد، إلَّا إذا حصل له ما شرط من الخدمة، فإذا فاتت الخدمةُ وجب ردُّ العبد إلى ملكه. وقد تعذر بالعتق؛ لأنه لا ينتقض بعد نزوله فيرجع بقيمة نفسه، كما لو اشترى إياه بعبدٍ، ثم مات العبد قبل التسليم، فعليه قيمة الأب لا قيمة العبد.

وهذه المسألة من فروع ما إذا باع نفس العبد منه بجارية، ثم أסתحقت، وقد مرَّت في البيوع.

المسألة الثانية: إذا أعتق الذميَّ عبده الذميَّ على مقدارٍ معيَّن من الخمر فقبل العبدُ وعتق ثم أسلم أحدهما، فعلى العبد أن يدفع إلى المولى قيمة نفسه^(٢)، وقال محمد^(٢) رَحِمَهُ اللهُ: عليه قيمة ذلك المقدار من الخمر. والحجة من الطرفين ما مرَّ في الأولى.



(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٨-٣٦٩، و«الهداية» ٣٤٩/٢، و«تبين الحقائق» ٩٥/٣، و«درر الحكام» ١٦/٢، و«البحر الرائق» ٢٨٣/٤، و«الفتاوى الهندية» ٣٣/٢.
(٢) «تبين الحقائق» ٩٥/٣، و«درر الحكام» ٢٤/٢، و«البحر الرائق» ٢٧٨/٤.

فصل في العبد يعتق بعضه

قال: (والإعتاقُ يتجزأ ومعتقُ البعضِ يسعى في بقيةِ قيمته فهو كالمكاتب، وقالوا: كالحُرِّ المديون).

إذا أعتق المولى بعضَ عبده عُتِقَ ذلك البعضُ، أي: زال ملكه عنه، وعليه أن يسعى لمولاه في بقيةِ قيمته، فإذا أدى بدلَ السعاية عُتِقَ كلُّه دفعةً واحدةً، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله ^(١).

وقالوا ^(١): إذا أعتق بعضه فقد عتق كلّه.

وهو مذهبُ الشافعي ^(٢) رحمته الله، وأصل ذلك أن الإعتاقَ يتجزأ عند أبي حنيفة رحمته الله ^(١).

وقالوا: لا يتجزأ، كما لا يتجزأ العتقُ عندنا، وقد مرَّ في مقدمة كتاب العتق أن الإعتاقَ عند أبي حنيفة ^(٣) رحمته الله: هو إزالةُ الملك، لا إزالةُ الرقِّ؛ لأنَّ الرقَّ هو حقُّ الشرع فلا يكون للعبد ولايةٌ إزالته قصدًا، وأمَّا الملكُ فهو حقُّه فله إزالته، إلَّا أنَّ الرقَّ يزول بزوال كلِّ الملكِ ضمناً له لا قصدًا؛ لأنَّ التصرفَ في حقِّ الغير قصدًا لا يصحُّ، فإنَّ أحدَ الشريكين لو أعتق نصيبَ صاحبه قصدًا لم يصحُّ، ولو أعتق نصيبَ نفسه صحَّ، وسرى إلى نصيبِ الآخر إمَّا بعتقه أو بإفسادِ ملكه على ما هو المعروفُ من الخلاف، فيكون ما هو المسمَّى بالإعتاق الصادر من المولى هو إزالةُ الملك، وأنه يقبل التجزؤ، ألا ترى أنَّه لو أزال

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٧، و«الكتاب» ٣/ ١١٤-١١٥، و«المبسوط» ٧/ ١٠٢،

و«الهداية» ٢/ ٣٣٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٥٣-٢٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٥٨.

(٢) «المهذب» ٥/ ٢، و«الوجيز» ٢/ ٢٧٤.

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٣٧.

مِلْكُهُ عَنْ نَصْفٍ إِلَى أَحَدٍ بِهِبَةٍ أَوْ بَيْعٍ جَازٍ، فَكَذَا إِذَا أزاله لَا إِلَى أَحَدٍ، أَمَّا الْعَتَقُ: فَهُوَ ثَبُوتُ الْقُوَّةِ الشَّرْعِيَّةِ، وَثَبُوتُهَا لَا يَتَجَزَأُ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَصْفُهُ شَائِعًا ذَا قُوَّةٍ شَرْعِيَّةٍ دُونَ نَصْفِهِ الْآخَرَ، لَكِنْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَصْفُهُ مَمْلُوكًا دُونَ نَصْفِهِ الْآخَرَ، فَإِذَا أَعْتَقَ بَعْضَهُ زَالَ مِلْكُهُ عَنْ ذَلِكَ الْبَعْضِ، لَا إِلَى أَحَدٍ وَيَتَرَاخَى عَتَقُ ذَلِكَ الْبَعْضِ إِلَى أَنْ يَعْتَقَ النِّصْفَ الْآخَرَ، أَوْ يَسْعَى فِيهِ الْعَبْدُ فَيَعْتَقُ كُلَّهُ دَفْعَةً وَاحِدَةً.

وعندهما^(١): لَمَّا كَانَ الْإِعْتَاقُ إِثْبَاتًا لِلْعَتَقِ، وَالْعَتَقُ غَيْرُ مَنْجَزٍ يَكُونُ إِعْتَاقُ بَعْضِهِ / ٧٥ب / إِعْتَاقًا لِكُلِّهِ؛ لِأَنَّ ثَبُوتَ الْعَتَقِ يَسْتَلْزِمُ زَوَالَ الرِّقِّ ضَرُورَةً فَصَارَ كَالطَّلَاقِ الْمُضَافِ إِلَى بَعْضِ الْمَرْأَةِ، وَالْعَفْوُ عَنِ الْقِصَاصِ فِي الْبَعْضِ، وَالِاسْتِيلَادُ، وَإِنَّمَا وَجِبَتِ السَّعَايَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِاحْتِبَاسِ مَالِيَةِ بَعْضِ الْعَبْدِ عِنْدَهُ، وَالْمُسْتَسْعَى كَالْمَكَاتِبِ عِنْدَهُ.

وقال^(١): هُوَ كَالْحَرِّ الْمَدْيُونِ؛ لِأَنَّ كُلَّهُ عُتِقَ عِنْدَهُمَا بِإِعْتَاقِ الْبَعْضِ، وَعِنْدَهُ كُلُّهُ رَقِيقٌ. وَإِنَّمَا الْمَلِكُ قَدْ زَالَ عَنْ بَعْضِهِ (فَبِالإِضَافَةِ الْعَتَقُ إِلَى الْبَعْضِ مُوجِبٌ)^(٢) إِثْبَاتَ مَالِكِيَةِ الْعَبْدِ لِنَفْسِهِ، وَبَقَاءَ الْمَلِكِ فِي بَعْضِهِ يَمْنَعُ مِنْهُ، فَعَمَلْنَا بِالْأَدِلَّةِ بِإِنْزَالِهِ مَكَاتِبًا، فَإِنَّهُ مَالِكٌ يَدًا لَا رَقَبَةً. وَالسَّعَايَةُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَ، وَلَهُ أَنْ يَعْتَقَهُ؛ لِأَنَّ الْمَكَاتِبَ قَابِلٌ لِلْإِعْتَاقِ، وَهُوَ فِي جَمِيعِ أَحْوَالِهِ كَالْمَكَاتِبِ إِلَى أَنْ يُوْدِيَ السَّعَايَةَ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ عَتَقُهُ بِأَدَاءِ الْمَالِ، فَلَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَلَا يَرِثُ وَلَا يُوْرَثُ وَلَا يُزَوِّجُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ لَا يُرَدُّ (إِلَى الرِّقِّ)^(٣) بِخِلَافِ الْمَكَاتِبِ كِتَابَةً مَقْصُودَةً.

(١) «الهداية» ٢/ ٣٣٧.

(٢) فِي (ب): (بِإِضَافَةِ الْعَتَقِ إِلَى الْبَعْضِ مُوجِبٌ).

(٣) فِي (ب)، (ج): (فِي الرِّقِّ).

والفرق أنَّ المولى ههنا أسقط ملكه عن بعضه لا إلى أحد، فلم يقبل الفسخ.

وأما الكتابة المقصودة فهي عبارة عن فك الحجر بعوض، فكان قابلاً للإقالة والفسخ كالمأذون. وأما الطلاق والقصاص فليس فيهما حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم على المبيع.

وأما الاستيلاء فمنجز عنده، حتى إذا استولد أحد الشريكين مدبرةً مشتركةً بينهما، اقتصر الاستيلاء على نصيبه، وبقي النصيب الآخر مدبراً على حاله، حتى إذا مات المستولد يعتق هذا النصف من جميع المال، ولو مات الآخر يُعتق نصيبه من ثلث المال، بخلاف القنة؛ لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بإفساد الملك عليه ملكه بالضمان فيكمل^(١) الاستيلاء.

وصورة المستسعى: أن يعتق المولى بعض عبده أو أعتق بعض الشركاء نصيبه أو بعض الورثة أو الغرماء أو المريض، ولم يخرج من الثلث. أما العبد (الرهن)^(٢) إذا أعتقه الراهن وهو معسر، وسعى العبد فهو حرٌّ بالإجماع، لأن الدين على الراهن لا في رقبته العبد^(٣)؛ ولهذا يرجع العبد على الراهن بما سعى^(٤).

(١) في (ب): (فيملك).

(٢) من (أ).

(٣) في (ب): (المعتق).

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٣٧.

قال: (وإذا أعتق أحدُ الشريكين نصيبه وهو موسرٌ فلآخر أن يعتق أو يضمن أو يستسعى. واليسارُ لا يمنع السعاية. أو معسرٌ فله أن يعتق أو يستسعى، وقالوا: له الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار).

إذا كان العبدُ بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عُتِقَ، فإن كان موسراً فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه، وإن شاء أَسْتَسْعَى العبدُ. واليسارُ لا يمنع الأستسعاء، فإن ضمن رجع المعتق على العبدِ والولاء للمعتق، وإن أعتق أو أَسْتَسْعَى كان الولاءُ بينهما. وإن كان معسراً فالشريك بالخيار بين أن يعتق أو يستسعى، ويكون الولاءُ بينهما، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ (١).

وقالوا (١): ليس له إلا الضمانُ مع اليسار أو السعاية مع الإعسار، ولا يرجعُ المعتقُ على العبدِ بشيءٍ والولاء للمعتق، والخلاف في هذه المسألة ينسبني على أصلين. أحدهما: تجزئ الإعتاق وعدمه كما مرَّ، والثاني: أن يسارَ العتق لا يمنع الأستسعاء عنده، وعندهما يمنع، لهما قوله ﷺ في الشريك يعتق نصيبه إن كان غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى العبدُ في حصة الآخر، وهذه القسمة (٢) مما تمنع الشركة؛ ولأنه لما عتق الكل بإعتاق نصيبه عندهما كان بدلُ نصيبِ شريكه المملوك له في ضمن إعتاق نصيبه عليه لا على العبد، إلا أنه لما كان معسراً فتعذر

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٩-٣٧٠، و«الكتاب» ٣/١١٥-١١٦، و«المبسوط»

٧/١٠٤-١٠٥، و«الهداية» ٢/٣٣٧-٣٣٨، و«البحر الرائق» ٤/٢٥٤، و«حاشية

ابن عابدين» ٣/٦٥٩.

(٢) في (ج): (التسمية).

وصوله إليه، وجب أن يصل إليه من المحل، وهو العبد بالسعاية؛ لأنه صاحب الشرط؛ لأنه هو المحل، فيقام مقام صاحب العلة كما في حفر البئر عدواناً.

وله أن نصيب الساكت مملوك له، إلا أنه فاسد، حيث عجز عن تملكه من غيره فله الخيار، إن شاء ضمن المفسد، وإن شاء أستسعى العبد، لاحتباس ماليته عنده، كما إذا هبت الريح فألقت ثوب إنسان في صبغ غيره فانصبغ به، فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً؛ لاحتباس مالية الصبغ عنده. لكن العبد فقير فيستسعى، ثم اليسارُ المعتبرُ هنا: هو قدرته على قيمة نصيب شريكه، فاضلاً عن ملبوسه ونفقة نفسه وعياله في يومه، لا اليسارُ المعتبرُ في الغناء؛ لأنَّ بذلك يعتدلُّ النظر من الجانبين، حيث يصلُ إلى الشريك بدل نصيبه، ويتحقق للمعتق ما قصد إليه من القرية، ثم التخريج على قولهما ظاهر، أما عدم رجوع المعتق على العبد بما ضمن؛ فلعدم السعاية على العبد حال يسار المعتق، وأمّا (الولاء)^(١) له فلا أن العتق كله من جهته؛ لعدم تجزئه، وأمّا التخريج على قوله، أمّا التخير في الإعتاق فلقيام ملكه في الباقي؛ لأنَّ الإعتاق (قابل للتجزئ)^(٢) وأمّا التضمن فلا أنَّ المعتق مفسدٌ لنصيبه، حيث أمتنع عليه ما سوى الإعتاق وتوابعه، وأمّا الاستسعاء فلاحتباس مالية العبد عن نفسه، وأمّا رجوع المعتق بما ضمن على العبد فلقيامه مقام الساكت بأداء الضمان، وقد كان للساكت أن يستسعيه، فكذلك لمن قام مقامه؛ ولأنه قد ملكه بأداء الضمان ضمناً،

(١) طمس في الأصل، والمثبت من (ج)، وفي (ب): (الولاية).

(٢) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

فيصير كأنَّ الكلَّ له، وقد أعتق بعضه فثبتت له ولايةُ إعتاق الباقي أو أَسْتَسْعَاهُ /١٧٦/ والولاءُ للمعتق في هذا الوجه؛ لأنَّ العتقَ كلَّه من جهته؛ لأنَّه قد ملكه بأداء الضمان.

وأما حالة إعتاق المعتق فإن شاء الساكتُ أعتق؛ لبقاء ملكه في الباقي، وإن شاء أَسْتَسْعَى لما بينا، والولاءُ له في الوجهين؛ لأنَّ العتقَ كلَّه في نصيبه واقعٌ من جهته، ولا يرجع المستسعى على المعتق المعسر بما أدى إلى الساكت بالإجماع، أما عنده^(١) فلأنَّه ساعٍ في فكأك رقبتَه؛ لأنَّه كالمكاتب، وأما عندهما^(٢)؛ فلأنَّه لا يقضي دينًا على المعسر؛ لأنَّه لا شيء عليه لإعساره، بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهنُ المعسرُ، حيث يسعى في رقبتَه قد فكت أو في قضاء دين على الراهن فيرجع. وقول الشافعي^(٢) رَحِمَهُ اللهُ في الموسر كقولهما، وأما في المعسر، فقال ببقاء نصيب الساكت على ملكه: ببيعه وبهبتَه؛ لأنَّه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره، ولا إلى السعاية؛ لعدم صدور الجناية منه، وعدم رضاه بالسعاية، ولا إلى إعتاق الكلِّ للإضرار بالساكت، فتعيَّن إبقاؤه على ملكه.

فلنا إلى الأستسعاء سبيلٌ؛ لأنها تنبني على احتباس المالية، وأنه لا يفتقر إلى الجناية، وفي إبقاء الملك جمعٌ بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في المحلِّ الواحد، فلا يصار إليه.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٦٩-٣٧٠، و«الكتاب» ٣/١١٥-١١٦، و«المبسوط» ٧/١٠٤-١٠٥، و«الهداية» ٢/٣٣٧-٣٣٨، و«البحر الرائق» ٤/٢٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣/٦٥٩.

(٢) «المهذب» ٢/٥، و«الوجيز» ٢/٢٧٤.

فروع: يُعتبر اليسارُ والإعسارُ يومَ الإعتاق، حتى لو أعتق وهو موسرٌ فأعسر لا يبطل التضمين، وإن كان معسرًا فأيسر لا يثبت له حقُّ التضمين؛ لأنه حقٌّ يثبت بنفس العتق فلا يتغير، وإن اختلفا في ذلك حَكَمَ الحال، إلا إن تطاولَ الزمان بين الخصومة والعتق، وتختلف الأحوال فالقول للمعتق؛ (لأنه منكرٌ، ولو اختلفا في قيمة العبد يوم العتق، فإن كان موجودًا قَوْمٌ للحال، وإن كان هالكًا فالقول للمعتق)^(١) أيضًا، وإن كان الإعتاق سابقًا على الاختلاف فالقول له أيضًا؛ لإنكاره الزيادة، ولو اختلفا في القيمة وفي وقت الإعتاق يُحكمُ بالعتق للحال، وعلى هذا التفصيل إذا اختلف العبدُ والساکتُ في القيمة، ولو مات العبدُ قبل اختيار الساکت شيئًا ليس له إلا التضمين؛ لأن العتق والسعاية فاتا بالموت. وإذا ضمن رجع المعتق على كسب العبد، إن كان له كسبٌ ولو كان المعتق معسرًا^(٢) فالساکتُ يرجع في أكسابه؛ لأن السعاية تجب بنفس العتق، ولو مات المعتق وقد وقع العتق في الصحة فالضمان في ماله، وإن كان في المرض فلا شيء في التركة، وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ^(٣): يؤخذ من تركته. وهو روايةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ^(٣)؛ لأن ضمان التملك لا يختلف بالصحة والمرض.

ولو مات الساکتُ فللورثة أحدُ الخيارات، فإن أختار بعضهم العتق وبعضهم الضمان فلهم ذلك، وروى الحسن عن أبي حنيفة^(٣) رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه ليس لهم إلا الاجتماع على أحدهما، ولو كان الشريك مأذونًا له، فإن

(١) ساقطة من (ب).

(٢) في (ج): (موسرًا).

(٣) «البحر الرائق» ٢٥٦/٤.

كان مديوناً والمعتق موسر فله خيارُ التضمين والسعاية، وإن لم يكن مديوناً، فالخيارُ للمولى، وإن كان الشريك صبيّاً وله وليٌّ أو وصيّ، فإن شاء ضمن وإن شاء أَسْتَسْعَى، وإن لم يكن له وليٌّ ينتظر بلوغه أو ينصّب القاضي له وليّاً، وهذا أصلٌ كبير تبتنى عليه مسائلُ العتق وغيره.

قال: (ولو شهد كلُّ منهما على الآخر بالعتق، فالعبدُ يسعى في نصيب كلِّ منهما مطلقاً. وقالوا: إن كانا معسرين أو أحدهما لا موسرين، والولاءُ لهما. وقالوا: موقوف).

إذا شهد كلُّ واحدٍ من الشريكين على صاحبه بعتق نصيبه.

قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): يسعى العبدُ لكلِّ واحدٍ منهما في نصيبه مطلقاً، موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدهما موسراً والآخرُ معسراً والولاءُ لهما، وهذا بعد أن يحلف كل واحدٍ منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كلاً منهما يدّعي العتق على صاحبه، ووجوبُ الضمان عليه أو السعاية على العبد والآخرُ ينكرُ، فيحلف كلُّ منهما لصاحبه.

وقالوا^(١): إن كانا موسرين فلا سعاية، وإن كانا معسرين سعى لهما، وإن كان أحدهما موسراً والآخرُ معسراً سعى للموسر منهما لا للمعسر، والولاءُ موقوفٌ حتى يتفقا على إعتاق أحدهما.

لهما: أنهما إذا كانا موسرين فإن كلاً منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه؛ لأن يسارَ المعتق يمنعُ الاستسعاء عندهما، إلا أن الدعوى لم تثبت بسبب إنكار الآخر، والبراءة قد تثبت بسبب إقراره على

(١) «الكتاب» ١١٧/٣، و«المبسوط» ١١٨/٧، و«الهداية» ٣٣٩/٢، و«تبيين الحقائق»

٧٧-٧٦/٣، و«البحر الرائق» ٢٥٧/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣/٦٦٠-٦٦١.

نفسه، وأما إذا كانا معسرين فكلُّ واحدٍ منهما يدعي السعاية على الآخر لإعساره، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فإنه يسعى للموسر؛ لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره، وإنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ منها، ولا يسعى للمعسر لأن المعسر يدعي الضمان على الآخر ليساره، فيكون مبرئاً للعبد عن السعاية، والولاء موقوف؛ لأن كلاً منهما يحيله على صاحبه /٧٦ب/ وصاحبه يتبرأ عنه فيتوقف إلى أن يتفقا، وله أن كلاً منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه، فكان مكاتباً في زعمه عند أبي حنيفة رحمته الله ^(١) وحرّم عليه الأسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمتنع (عليه) ^(٢) أسترقاقه ويستسعيه للتيقن بحق الاستسعاء، كاذباً كان أو صادقاً؛ لأنه مكاتبه إن صدق ورقيقه إن كذب، ولا يختلف باليسار والإعسار؛ لأن حقَّ الشاهدِ حالتي اليسار والإعسار في التضمن والسعاية، وإن كانت له حجةٌ وإلا تعينت السعاية، فإن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده، والتضمن متعذر؛ لإنكار الشريك فتعين الآخر والولاء لهما؛ لأن كلاً منهما يقول: عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاءه له، وعتق نصيبي بالسعاية وولاءه لي.

قال: (وشهادتهما على الشريك الحاضر بعتق الغائب نصيبه مردودة).

إذا شهد شاهدان على الشريك الحاضر، بأن الشريك الغائب أعتق

(١) «الكتاب» ١١٧/٣، و«المبسوط» ١١٨/٧، و«الهداية» ٣٣٩/٢، و«تبيين الحقائق» ٧٦-٧٧/٣، و«البحر الرائق» ٢٥٧/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٦٦٠-٦٦١/٣.

(٢) من (ب)، (ج).

نصيبه من هذا العبد المشترك بينكما ، والحاضر ينكره لم يقض به^(١).
وقال^(١): يُقضى به. وهذا الخلاف مبني على تجزيء الإعتاق وعدمه ،
فعندهما الإعتاق لا ينجزأ فكانت هذه شهادة على عتق نصيب الحاضر
فيقضي (بها)^(٢) وعنده يتجزأ فكانت شهادة على الغائب بعتق نصيبه فلم
يقض بها ؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز.

قال : (وإذا أشتريا ابن أحدهما فنصيب الآخر غير مضمون
على الأب مطلقاً ، وكذا إذا ورثاه ، وللشريك العتق
أو السعاية وضمناه في الشراء مع اليسار واستسعيا مع
الإعسار).

إذا أشرت رجلان فاشتريا قريب أحدهما ممن يعتق عليه بالشراء ، فعتق
نصيبه لا يضمن لشريكه شيئاً ، سواء علم أنه ابن شريكه أو لم يعلم ، وكذلك
إذا ورثاه ، وإنما له أن يعتق نصيبه أو يستسعى العبد لا غير^(٣).

وقال^(٣) في الشراء : يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً ، ويسعى
العبد في نصف قيمته لشريك أبيه إن كان معسراً. فكذا إذا ملكاه بهبة
أو صدقة أو وصية ، ومن صورة الإرث رجل تزوج أمة امرأة ، فأتت منه
بولد ، ثم ماتت وتزوج سيدة الأمة ، ثم ماتت وتركت أباهما وهذا الزوج ،
فإن الغلام يكون ميراثاً لأبيه وأبيها ، فيعتق (نصيبه)^(٤) ؛ لأنه ابنه. لهما

(١) «المبسوط» ١٢٤/٧ ، و«الفتاوى الهندية» ١٧/٢.

(٢) في (ب) : (به).

(٣) «الكتاب» ١١٦/٣ ، و«المبسوط» ٧٢/٧ ، و«الهداية» ٣٤٠/٢ ، و«تبيين الحقائق»

٧٨-٧٩ ، و«البحر الرائق» ٢٥٩/٤.

(٤) في (ب) ، (ج) : (نصيب الزوج).

أنه أبطل نصيبَ شريكه بالإعتاق من حيث إن شراءَ القريبِ إعتاقٌ، وصار كما لو كانا أجنبيين، فأعتق أحدهما نصيبه، وله أنه رضي بإفساد نصيبه حيث شاركه في علة العتق وهو الشراء؛ لأنَّ شراءَ القريبِ إعتاقٌ، فينزل منزلة الإذن له صريحاً فلا يضمنه، وهذا الضمانُ ضمانُ (إفساد)^(١) لا ضمانُ تملكٍ في ظاهر قولهما وهو ظاهرُ الرواية عنه أيضاً، أما عندهما؛ فلأنه يختلفُ الحالُ باليسار والإعسار فيسقط بالرضا، ولا يختلف الجوابُ بين العلم وعدمه، وأما عنده؛ فلأن الحكم يُدارُ على السبب وهو الشركةُ في الشراء فلا يتوقف على العلم، كما إذا أمر غيره بأكل طعام هو له ولا يعلم أنه ملكه، وضمانُ الإفساد إذا كان بطريق المباشرة قصداً له لم يختلف باليسار والإعسار، وإذا كان بطريق التسبب فيختلفُ، فإن كان موسراً كان (متعدياً؛ لأن لإحراز الثواب طريقاً آخر سوى هذا فيلزمه الضمانُ؛ لأن ضمانَ التسبب يعتمدُ التعدي، وإن كان معسراً لم يكن)^(٢) متعدياً في إعتاق نصيبه^(٣)؛ لأنه لا طريق له لإحراز ثواب العتق إلا هذا فلم يضمن.

تفريع: فلو بدأ الأجنبيُّ فاشتري النصفَ، ثم اشتري الأبُ نصفه الآخر وهو موسراً فالأجنبيُّ بالخيار إن شاء ضمن الأب؛ لأنه لم يرض بإفساد نصيبه، وإن شاء أستسعى الأبُن في نصف قيمته؛ لاحتباس ماليته عنده، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله^(٤)؛ لأن اليسار لا يمنع السعاية.

(١) في (ب): (إسقاط).

(٢) ساقطة من (ج).

(٣) في (ج): (نفسه).

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٤٠-٣٤١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٩.

وقالاً^(١): لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته؛ لأن يساره يمنع السعاية عندهما، وإذا اشترى نصف ابنه ممن يملك كله فلا ضمان على الأب للبائع عنده؛ لما مرّ أن المشاركة في السبب هو شراء القريب، والشراء لا يتم بدون البيع.

قال: (ولو علّق عتقه بشرطين متنافيين في محل واحد وجهل وجوده عتق نصفه وعليه السعاية في الباقي لهما مطلقاً، ويوافق إن كانا معسرين لا موسرين. ويأمر بها (للموسر منهما في ربع قيمته، وأوجبها في كله إن كانا معسرين لا موسرين، وأمر بها للموسر)^(٢) في نصفه).

رجلٌ قال لعبدٍ مشتركٍ بينه وبين آخر: إن دخل فلان هذه الدار غداً فأنت حرٌّ. وقال شريكه: إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فأنت حرٌّ. فمضى الغد، ولا يدري أنه دخل أم لا عتق نصفه بغير سعاية، وهو النصف الذي تحقق شرط عتقه وسعى في قيمة نصفه لهما، موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً (لعدم الأولوية)^(٣).

وقال أبو يوسف رحمته الله^(١): إن كانا موسرين فلا سعاية وإن كانا معسرين سعى في نصف قيمته لهما، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى في ربع قيمته للموسر.

(١) «الهداية» ٢/ ٣٤٠-٣٤١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٩.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) في (ب): (عند أبي حنيفة).

وقال محمد ﷺ^(١): يسعى في كل قيمة لهما إن كانا معسرين، وإن كانا موسرين فلا يسعى أصلاً.

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى في نصف قيمته للموسر، وهذا بناءً على تجزيء الإعتاق وعدمه /١٧٧/.

وعلى أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما، وعنده لا يمنع، إلا أن محمداً ﷺ^(٢) خالف أبا يوسف^(٢) حيث أوجب كل السعاية؛ لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول، والقضاء على المجهول لا يصح، وصار كما إذا قال لغيره: لك على أحدنا ألف درهم. فإنه لا يقضى شيء للجهالة، فكذا هذا.

ولهما: أنا تيقناً بسقوط نصف السعاية؛ لأن أحدهما حانث بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف يمتنع القضاء بوجوب الكل، وهذه الجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع، كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه، ومات قبل التذكر والبيان، وكمن طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول، ثم مات قبل البيان يسقط نصف الصداق للتيقن به، وإن كان المقضي عليها مجهولاً، ولكن لما كان المقضي له معلوماً جاز القضاء به، وههنا المقضى له بسقوط نصف السعاية معلوم وهو العبد، فيجوز القضاء به وإن كان المقضى عليه مجهولاً.

والفرق بين مسألتنا والإقرار أن جهالة المقضى عليه بسقوط السعاية بناءً على جهالة من قضي عليه بالعتق، وجهالة المقضى عليه بالعتق

(١) «الهداية» ٢/ ٣٤٠-٣٤١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٩.

(٢) «المبسوط» ٧/ ١١٧-١١٩، و«الهداية» ٢/ ٣٣٩-٣٤٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٧٧،

و«درر الحكام» ٢/ ٨.

لا تمنع ثبوته (ابتداءً)^(١) إجماعاً، فكذا ما كان بناءً عليه بحكم التبعية (بخلاف)^(٢) الإقرار، لأنه لو صحَّ ووجب به المال لوجب ابتداءً مع جهالة المقضي عليه، واعتبار الحكم البنائي بالابتدائي فاسدٌ، ولو كان حلفاً على عيدين كل واحدٍ منهما لأحدهما لم يعتق واحدٌ منهما؛ لأن المقضي عليه بالعتق مجهولٌ. وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء، وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلومٌ، فغلب المعلوم المجهول^(٣).

قال: (ولو ادَّعى مشتريه أن البائع كان دبره فأنكر ثم جنى العبدُ فالحالُ موقوفٌ، وقالوا: يسعى).

رجلٌ اشترى عبداً، ثم ادَّعى على البائع أنه دبره قبل البيع وأنكر البائع ذلك، ثم جنى العبدُ جنايةً فالحالُ موقوف.

وقالوا^(٤): يقضى بموجب الجناية في كسبه.

لهما: أن موجبَ جنايته على المولى وكسبه مال المولى، فإذا جعلناه في كسبه فقد جعلناه في مال المولى.

وله: أن موجبَ جنايته على المولى وهو مجهولٌ، والقضاء على المجهول متعذرٌ.

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (بحكم).

(٣) «المبسوط» ١١٧/٧-١١٩، و«الهداية» ٣٣٩-٣٤٠، و«تبيين الحقائق» ٧٧/٣،

و«درر الحكام» ٨/٢-٩، و«مجمع الأنهر» ٥١٨/١.

(٤) «المبسوط» ١٢٩/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧٠/١.

قال: (ولو حلف بعتقه أن قيده رطلان وأن لا يُحل فشهد
أثنان أنه رطلٌ فحكم به، ثم حلَّ عن رطلين فالضمانُ
عليهما).

رجلٌ قيد عبده، ثم حلف بعتقه أن قيده عشرةً أرطال من الحديد، ثم
حلف بعتقه أن لا يحله هو ولا غيره، ثم شهد شاهدان أن قيده خمسةً أرطالٍ
لا غير فحكم القاضي بعتقه، ثم حلَّ عن قيده فإذا هو عشرةً أرطالٍ من
الحديد، فظهر أنهما كاذبان.

قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): يضمنان قيمة العبد للمولى.

وقالا: لا يضمنان.

وهذه المسألة فرع^(٢) نفوذ قضاء القاضي بشهادة الزور باطنًا وظاهرًا
عنده خلافًا لهما. وسيأتي في أدب القاضي، فهما يقولان إنه لم يعتق
باطنًا بهذا القضاء المبني على شهادتهما الكاذبة، وإنما عتق بحله عن
القيد فلا يضمن الشاهدان. وهو يقول أنه عتق بهذا القضاء، والشاهدان
هما اللذان أوقعا القاضي وألجآه إلى القضاء، وإذا نفذ قضاؤه باطنًا لم
يعتق بالحلَّ عنده فيضمن الشهود، وعندهما هو عبد إلى أن حلَّ عنه،
وإنما لم يضمن الشهود وإن كان الحلُّ بسعيهما؛ لأنَّ الحلَّ شرط
(العتق)^(٣) والحكم لا يضاف إلى الشرط وإنما يضاف إلى السبب،
والسبب ههنا قول المولى: إن حلَّ عن القيد فهو حرٌّ.

(١) «المنظومة» لوحة (٣٦)، و«المبسوط» ٧/ ٧٦-٧٩.

(٢) في (ب): (من فروع).

(٣) غير واضحة في الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

قال: (ولو حكم به بشهادتهما ثم رجعا فضمننا، فشهد آخران به قبله فهي مردودة).

إذا شهد شاهدان (بعثق عبد فقضى القاضي بعثقه، ثم رجعا عن شهادتهما وأخذ المولى الضمانَ منهما، ثم شهد شاهدان)^(١) بإعتاقه قبل شهادتهما لا تقبل شهادتهما، ولم يبطل الضمانُ عنهما عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ (٢).

وقالا: يسقط الضمانُ عنهما.

وهذه المسألة بناءً على أصليين:

أحدهما: ما تقدم من أن القضاء بشهادة الزور ينفذ ظاهرًا وباطنًا عنده. والثاني: أن الدعوى شرط من العبد في العتق دون الأمة على ما ستقف عليه عقيب هذه، فعنده لما قضى القاضي بصدور الإعتاق منه يوم الجمعة مثلاً، فقد حكم بإزالة ملكه عنه حينئذٍ، وذلك يستلزم قيام ملكه في العبد حينئذٍ، إذ الإزالة تستلزم وجود المزال، فيتضمن قضاؤه ثبوت الملك له فيه إلى يوم الجمعة، فيثبت ظاهرًا وباطنًا، فإذا رجعا فقد أعترا بإتلاف ملكه في نفس الأمر بشهادتهما فيضمنان، ولا يسمع منهما خلاف ذلك، فلا يسوغ تشبههما بشهادة الآخرين بالإعتاق يوم الخميس، وعندهما لما لم ينفذ القضاء باطنًا لم يثبت ملكه / ٧٧ ب/ فيه إلى يوم الجمعة فلم يكونا معترفين بإتلافه عليه في نفس الأمر بشهادتهما، بل في ظن القاضي.

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الجامع الكبير» ص ٧١، ١٧٥، و«مختصر الطحاوي» ص ٣٤٨، و«فتح القدير» ٧/ ٤٩١، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٢٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٧.

فإذا أراداً^(١) إظهارَ الخطأ في ظنه بإقامة الشهادة على (العتق يومَ الخميسِ ساغَ لهما ذلك؛ دفعًا للضررِ عنهما؛ ولأن الدعوى عنده شرطُ إقامة الشهادة على)^(٢) عتق العبد، والعبد حر في الحال ظاهر الحرية في حق الكافة، حتى لا تُسمع دعوى أحدٍ فيه أنه (عبد)^(٣) لم يمكنه دعوى صدور العتق منه يوم الخميس، وليس لغيره ولايةٌ دعوى حرّيته لا على وجه النيابة عنه؛ لأنها لم تُسمع من العبد، فكذا من نائبه ولا على أنه فضولي؛ لأن دعوى الفضولي لا تُسمع في كلِّ ما يشترط فيه دعوى العباد، وعندهما لما لم تتوقف الشهادةُ على العتق على دعوى العبدِ صحتْ إقامةُ البينة به، فيثبت بشهادتهما أن العتق كان واقعاً يوم الخميس، فلم يكونا متلفين ملكه فيه فلا يجب عليهما الضمان.

قال: (ودعوى العبد لا الأمة في الشهادة بعتقه شرط).

وقالاً^(٤): دعواه ليست بشرط لإقامة البينة بعتقه؛ لأن العتق حق الله تعالى لكونه مندوباً إليه شرعاً، فلا يفتقر بإثباته إلى دعوى العبد؛ لقيام دعوى الشرع لحقه دائماً، كما في سائر الحقوق الشرعية، وكما في عتق الأمة.

وله^(٤): أن الرقَّ حق الله تعالى لما مرَّ فلا يكون زواله حقاً له أيضاً؛ لاستحالة استحقاق كلا النقيضين، أو لأن العبد هو المنتفع بالعتق فيكون

(١) في (ج): (ظهر).

(٢) ساقطة من (ب) و(ج).

(٣) غير واضحة والمثبت من (ب)، (ج).

(٤) «الهداية» ٢/٣٤٥، ٣/١٩٧، و«الاختيار» ٤/٢٥١-٢٥٢، و«تبيين الحقائق» ٣/

٨٩، و«البحر الرائق» ٤/٢٧٢.

حقّه، فتشترط دعواه كسائر حقوق العباد، والفرق بين العبد والأمة أن عتق الأمة يستلزم تحريم الفرج، والحرمة حقّ الشرع؛ ولهذا لا تقبل الشهادة عنده على (عتق)^(١) إحدى الأمتين؛ لأن العتق المبهّم لا يفيد حرمة الفرج. قال: (وهي على عتق أحدهما أو إحداهما مردودة).

إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمته الله^(٢)، إلا أن يكون في وصيته أستاذًا، ذكره في العتاق، ولو شهدوا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة بالإجماع، ويجبر على أن يطلق إحداهن.

وقال أبو يوسف^(٢) ومحمد^(٢) رحمهما الله: الشهادة في العتق مثل ذلك، ويؤمر بأن يعتق أحدهما.

وأصل هذه المسألة ما سبق أن الدعوى شرط عنده، وعندهما تقبل، فإذا كانت شرطًا عنده لم تقبل بعتق أحدهما؛ لأن الدعوى من المجهول لا تتصور، وعندهما ليست بشرط فصحت الشهادة، أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة؛ لأنها ليست بشرط فيها؛ لاشتمال الطلاق على تحريم (البضع)^(٣) وحرمة حق الله تعالى، وإذا شهدا على عتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمته الله وإن كانت الدعوى ليست بشرط في عتق الأمة الواحدة؛ لأن عدم الاشتراط كان ليضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق، والعتق المبهّم لا يوجب تحريم الفرج عنده كما

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «المبسوط» ٩٨/٧-٩٩، و«الهداية» ٣٤٥/٢، و«الاختيار» ٢٥١/٤، و«تبيين الحقائق» ٨٩/٣، و«البحر الرائق» ٢٧٢/٤.

(٣) في (ب): (الفرج).

ستقف عليه عقيب هذه، فصار كالشهادة على أحد العبدین، وهذه من الزوائد.

قال في «الهداية»^(١): وهذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه، أما لو شهدا أنه أعتق أحدهما في مرض موته، أو شهدا على تدبيره في صحته أو مرضه، فأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة يقبل أستحساناً؛ لأن التدبير حيث ما وقع وقع وصية، والعتق في مرض الموت وصية، والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم، وعنه حلف وهو الوصي أو الوارث؛ ولأن العتق يشيع بالموت فيهما فصار كلُّ منهما خصماً متعيناً.

قال: (ووطئ أحدهما لا يكون بياناً).

إذا أعتق الرجلُ إحدى (أمتيه)^(٢) ووطئ أحدهما لا يكون ووطئه لها بياناً أن الأخرى هي المعتقة^(٣).

وقال^(٣): يكون بياناً وتعتق الأخرى، وهذا إذا لم تعلق منه بولد، فإن وطئها فعلقت منه بولد كان بياناً بالاتفاق؛ لأنها صارت أم ولد، ومن ضرورة صحة أمية الولد أستحقاق العتق بها (واستحقاق)^(٤) العتق بأمية الولد تنفي العتق المنجز عنها، وإذا أنتفى عن أحدهما تعين في الأخرى، لزوال المزاحمة.

(١) «الهداية» ٣٤٦/٢.

(٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٧٥، و«المبسوط» ٩٨/٧، و«الهداية» ٣٤٤/٢، و«تبين الحقائق» ٨٧/٣، و«الفتاوى الهندية» ١٩/٢، و«الاختيار» ٢٥١/٤.

(٤) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

لهما : أنَّ الإقدامَ على وطءِ هذه دليلُ الحل ، فيستلزم بقاء ملك اليمين فيها ضرورةً عدم ملك النكاح ، فيكون وطؤها بيانًا للعتق في الأخرى ضرورةً تعين هذه ، لبقاء ملك اليمين فيها ، كما في الطلاق ، وكما لو باع إحداهما بابًا أو بشرط الخيار لأحدهما ، أو رهن وسلم أو وهب وسلم أو تصدق وسلم أو أجر أو كاتب أو أوصى أو ساوم أو دبر أو أعتق.

وله أن الوطء في ذاته ليس ببيان - وهذا ظاهرٌ - ولا يستلزم ؛ لأن الحل في هذه لا يستلزم بقاء ملك اليمين له فيها ؛ لجواز استفادة الحل بالنكاح ، بخلاف الطلاق المبهم ؛ لأن حل الوطء يستلزم قيام ملك المتعة فيها ؛ لانحصار الحل فيه ، فتعينت الأخرى للطلاق. وبخلاف ما أستهذا به من الأحكام ؛ لأن نفاذ تلك التصرفات يستلزم قيام ملك اليمين ؛ لعدم تصورها دونه ، فتنزل منزلة الصريح بأنها هي المملوكة له بملك اليمين تنزيلاً للدلالة منزلة الصريح عند قيام الدليل /١٧٨/ وهو الملازمة.

ووجه آخر في الفرق بين الطلاق المبهم والعتق المبهم ، أنه وقع التعارض بين المقتضي لإباحة وطئها والمقتضي لاختصاص الحرمة بإحداهما وبيان ذلك أن مراد الزوج إن (كان إحداهما)^(١) عينا لم (يجوز)^(٢) له وطئهما جميعاً ، وكان البيان إظهاراً وإن لم يرد إحداهما عينا يجوز له وطئهما جميعاً ، ويكون تعليقاً للطلاق بالبيان كأنه قال : إحداكما طالق على أن يكون التعيين (إليه)^(٣) ، فيكون بيانه إنشاءً على هذا التقدير ، فيجوز له وطئهما جميعاً ، وإذا وقع التعارض بين دليلي

(١) كذا في الأصل والسياق يقتضي : كان أراد إحداهما.

(٢) من (ج).

(٣) من (ج).

الحرمة والإباحة في حق كل منهما قبل البيان أثبتنا حرمة كل منهما لمكان الشبهة، فإنها ملحقه بالحقيقة في الحرمان، وأما في العتق المبهم وقع التعارض أيضاً فافتضى حرمة وطئهما جميعاً كما في الطلاق المبهم، إلا أن الحكم الأصلي في الطلاق هو الحرمة، والحكم الأصلي في الإعتاق إزالة ملك اليمين وزوال الحل، وثبوت الحرمة بطريق التبعية لا بالأصالة، فكان الإعتاق في إثبات الحرمة أحط رتبة من الطلاق، فانقلب ما كان شبهة في الطلاق شبهة الشبهة في العتق، والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها^(١).

قال: (ولو قال لعبديه أحكما حرّاً. ثم باع أحدهما أو دبره أو مات عتق الآخر).

رجل قال لعبديه: أحكما حرّاً. فباع أحدهما (أو مات أحدهما)^(٢)، أو قال له: أنت حرٌّ بعد موتي. عتق الآخر؛ لأنه بالموت لم يبق محلاً للعتق أصلاً، وبالبيع لم يبق محلاً للعتق من جهته، وبالتدبير أستحق الحرية بجهة التدبير فلم يبق محلاً للعتق من كل وجه، والعتق المبهم بمنزلة العتق المعلق بالبيان في حق المحل لا في حق الموقع؛ لأنه لو مات شاع العتق فيهما، أما في حق المحل لم يقع في واحد معين، فإذا أبطل محلية أحدهما تعين^(٣) الآخر؛ لأنه لم يبق محلاً للبيان، إذ في البيان جهة إنشاء العتق؛ ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن، وبالتدبير قصد بقاء انتفاعه به إلى حين موته، والمقصودان ينافیان العتق

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٧٥، و«الهداية» ٢/ ٣٤٤، و«تبين الحقائق» ٣/ ٨٧، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ١٩.

(٢) ساقطة من (ب). (٣) في (ب): (تعلق).

الملتزم فتعين الآخر دلالةً، وكذا إذا أُستولدَ إحدى الأمتين؛ لأنه قصد إبقاء الانتفاع بها إلى موته، ولأنها لم تبق محلًّا للعتق من كل وجه، (وحكم الإيجابِ العتق من كل وجه)^(١)، ولا فرق بين البيع الصحيح والفساد مع القبض أو بدونه، والمطلق وشرط الخيار لأحد العاقلين؛ لأن قصده لوصول الثمن لا يختلف بوجوه البيع، ولو عرضه على البيع فهو كالبيع فيما روي عن أبي يوسف رحمته الله^(٢)، والهبة والصدقة مع التسليم فيهما كالبيع لأنه تمليك^(٣).

قال: (ولو قال: أحكما حر فخرج أحدهما ودخل ثالث، فأعاده)^(٤) ومات مجهلاً أفتى بعتق ربع الداخل وهما بنصفه وعتق نصف الخارج وثلاث أرباع الثابت، وإن قاله في المرض قسم الثلث على هذا).

رجل قال لعبدین من عبیده دخلا علیه: أحكما حر. فخرج أحدهما وثبت الآخر ودخل ثالث، فقال: أحكما حر. ومات قبل البيان فيعتق من الداخل آخرًا نصفه عند أبي حنيفة^(٥) وأبي يوسف^(٥) رحمهما الله. وقال محمد رحمته الله^(٥): يعتق ربعه.

(١) ساقطة من (ج).

(٢) «الهداية» ٣٤٤/٢، و«تبين الحقائق» ٨٧/٣.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٧٣-٤٧٥، و«الهداية» ٣٤٤/٢، و«الاختيار» ٢٥٠/٤-٢٥١، و«تبين الحقائق» ٨٦-٨٧/٣، و«درر الحکام» ١٢/٢.

(٤) في (ب): (فأعاده).

(٥) «الهداية» ٣٤٣/٢، و«تبين الحقائق» ٨٤-٨٥/٣، و«درر الحکام» ١٠-١١/٢، و«البحر الرائق» ٢٦٤-٤٦٥، و«الفتاوى الهندية» ٢٠/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٢١-٥٢٢/١.

وأجمعوا أنه يعتق من الخارج نصفه، ومن الثابت ثلاثة أرباعه؛ لأن الإيجاب الأول دائر بين الخارج والثابت، فأوجب عتق رقبة بينهما؛ لاستوائهما فيصيب كلاً منهما النصف، والإيجاب الثاني أيضاً دائر بين الثابت والداخل فينتصف بينهما أيضاً، إلا أن الثابت أستحق نصف الحرية بالإيجاب الأول، فشاع النصف المستحق بالإيجاب الثاني في نصفه، فما أصاب المستحق بالأول لغى، وما أصاب النصف الثاني بقي فيكون له الربع، فتمت له ثلاثة الأرباع، ولأنه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه الباقي، ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف، فينتصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالأول، ومحمد يقول: إن الإيجاب الثاني دائر بين الثابت والداخل، ثم ما أفاد الثابت إلا عتق الربع بين الثابت والداخل لكل واحد ربع عتق رقبة، وهما يقولان: الإيجاب الثاني أفاد عتق رقبة بين الداخل^(١) والثابت، وأصاب الثابت نصفه، لكن نصف ذلك النصف الذي أصاب الثابت وقع فيما عتق فلا يظهر أثره، ونصفه وقع فيما لم يعتق فظهر أثره على الوجه الذي بيناه، ولا أستحقاق للداخل من قبل، فيثبت فيه النصف.

وأما إذا وقع منه ذلك في المرض، فإن الثلث يقسم على هذه (القسمة وذلك)^(٢) بأن يجمع جميع سهام العتق وهي سبعة على قولهما؛ لأننا نجعل كل رقبة على أربعة (أسهم لحاجتنا إلى)^(٣) ثلاثة الأرباع، فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم، ومن كل واحد من الآخرين سهمان، يبلغ سهام العتق

(١) في (ب)، (ج): (الخارج).

(٢) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٣) في (ب)، (ج): (سهام).

سبعة، (والعتق في)^(١) مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعفي ذلك، ويجعل كل رقبة على سبعة أسهم؛ لتخرج سهام العتق من الثلث، فجميع المال أحد وعشرون، فيعتق من الثابت ثلاثة أسهم، ويسعى في أربعة، ومن الباقي من كل واحد ٧٨ ب/ منها سهران، ويسعى في خمسة، فاستقام الثلث والثلثان أربعة عشر سهمًا، (سهم)^(١) السعاية وسبعة سهام العتق.

وعند محمد^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يجعل كل رقبة على ستة أسهم؛ لأنه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم، فصار جميع المال ثمانية عشر سهمًا، وباقي التخرج ما مر، وهذه من الزوائد.

قال: (ولو أعتق عبيد الثلاثة في المرض وهم ماله وقيمتهم سواء عتق من كل ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته للورثة ولا يقرع).

(مريض مرض الموت أعتق في مرضه عبيده الثلاثة، ولا مال له غيرهم وقيمتهم سواء، ولم يجز الورثة عتق من كل عبد ثلثه، ويسعى في ثلثي قيمته للورثة)^{(٣)(٤)}.

(١) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ٣٤٣/٢، و«تبيين الحقائق» ٨٤-٨٥/٣، و«درر الحكام» ١٠-١١/٢، و«البحر الرائق» ٢٦٤-٢٦٥/٤، و«الفتاوى الهندية» ٢٠/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٢١-٥٢٢/١.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «المبسوط» ٧٥/٧، و«فتح القدير» ٤٩٤-٤٩٥.

وقال الشافعي رحمته الله ^(١): عتق واحد (منهم) ^(٢) ويقرع بينهم، فمن خرجت قرعته فالتق له؛ لأن الإعتاق في مرض الموت وصية، ونفاذها من الثلث، والواحد هو الثلث وهو مبهم يستخرج ^(٣) بالقرعة، كما كان عليه السلام إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه فيسافر بمن خرجت قرعتها؛ لأنه كان له أن يخرج إحداهن وهي مبهمة، وكان يستخرجها بالقرعة.

ولنا: أنه أوقع العتق على الكل بالسوية، فلا وجه لإعطاء بعض وحرمان بعض، بل يشيع عتق واحد في الكل؛ تسوية بينهم، والقرعة كانت لتطيب قلوب النساء، إذ لاحق لكل في السفر ولا لواحدة منهن، وله تعيين واحدة منهن بمشيئته، فكانت القرعة لتطيب نفوسهن لا لتمييز المستحق من غيره.

قال: (ولو قال قن أو مكاتب: ما سأملكه حر فعتقا فملكنا مملوكًا فهو قن).

إذا قال المكاتب أو القن: كل مملوك أملكه فيما أستقبل أو أبدًا فهو حر ثم عتق القن، أو أدى المكاتب بدل الكتابة، ثم ملك عبدًا (بعد الحرية) ^(٤) لم يعتق عند أبي حنيفة ^(٥) رحمته الله.

وقال ^(٥): يعتق؛ لأن المعلق بالشرط والمرسل عند وجوده، فيصير كأنه قال حين ملك عبدًا بعد الحرية: أنت حر فيعتق، كما لو قال: كل

(١) «المهذب» ٧/٢، و«الوجيز» ٢٧٦-٢٧٧/٢، و«روضة الطالبين» ٤٠٧/٨.

(٢) من (ب)، (ج). (٣) في (ب): (يستحق).

(٤) من (ب).

(٥) «الجامع الكبير» ص ٥٨، و«المبسوط» ١٨٤-١٨٥/٧، و«حاشية ابن عابدين»

مملوكٍ أملكه إذا أعتقت فهو حرٌّ، فعتق ثم ملك عبدًا فإنه يعتق، كذا هذا. وله أنَّ للعبد المأذون المديون، وللمكاتب نوع ملكٍ مجازي، وهو الثابت في الحال، وحقيقي وهو ما يثبت بعد العتق والمجازي هو المراد؛ لأنَّ اللفظ مرسل غير معلق بشرط العتق، والمرسل لا يحتمل المعلق لتنافٍ بينهما، ولكن يحتمل المقيد، وليس هذا من باب التقييد، بل من حمل المنجز على المعلق، (فإن تقديره: إذا أعتقت، وحمل المطلق على المقيد يجوز؛ لأنه يحتمله، وحمل المنجز على المعلق)^(١) لا يجوز؛ لعدم احتمال إياه فلم تبق الحقيقة^(٢) مرادة، والملك المجازي لا يقبل العتق، وصار كما لو قال: كلُّ مملوكٍ أملكه فهو حر يتناول القائم للحال دون ما يمكنه بعد العتق، فكذا هذا. وقد ذكر في المنظومة أنَّ الحربيَّ لو علق هذا التعليق ثم أسلم فملك ففيه الخلاف وفيه نظر، فإنَّ الإعتاق من الحربي صحيح عندهم تنجيزًا كان أو تعليقًا، ذكره العتابي^(٣) في «شرح الجامع» وقال: أمةٌ حربيةٌ لحربي تحت حر أو عبدٍ في دار الحرب أعتقت الأمة، فلها خيارُ العتق في مجلس علمها، وهذا دليل على جواز إعتاق الحربي، والمذكور في «السير الكبير»^(٤) أنَّ إعتاق الحربي باطل فتأويله أنه أعتقه ولم يخل سبيله وتأويل المذكور ههنا (أنه) أعتقه وخلّى سبيله، فلذلك تركته في المتن.

(١) ساقطة من (ب).

(٢) في (ب): (العتق).

(٣) العتابي: أبى نصر أحمد بن محمد العتابي البخاري من علماء الحنفية تفقه بشمس الأئمة الكردي وغيره من مصنفاته: «تفسير القرآن»، و«جوامع الفقه»، و«شرح الجامع الصغير» توفي ببخارى سنة ٨٥٦هـ.

(٤) «شرح السير الكبير» ١٥٦/٤.

قال: (ولو قال: إن كلمت زيدًا فأنت حر فادعاه زيد وشهد ابنه بردها وسمعتها).

رجل قال لعبده: إن كلمت زيدًا فأنت حر، فادعى زيد أنه كلمه بعد التعليق، وشهد ابنه زيد على ذلك لا تقبل شهادتهما عند أبي يوسف رحمهما الله^(١)؛ لأن في ذلك تصديق الأب، وهو موضع التهمة. وقال محمد رحمهما الله^(١): تقبل؛ لأنهما شاهدان بحرية العبد ولا تهمة في ذلك.

قال: (أو إن تسريتك يضيف طلب الولد إلى ما شرطاً من التحصين والوطء والتبوة والمنع من الخروج).

رجل قال لأمته: إن تسريتك فأنت حرة، فالتسري عند أبي حنيفة^(٢) ومحمد رحمهما الله هو أن يحصنها، ويبوئها، ويطأها، ويمنعها من الخروج لخدمة خارج البيت، وليس طلب الولد شرطاً للتسري. وقال أبو يوسف رحمهما الله: هو ما قالاً مع طلب الولد؛ لأن التسري تفعل من السرو، وهو السيادة، ومعناه: اتخاذ الأمة سرية، وهي واحدة السراي، ومعنى إن تسريتك: إن طلبت أن تسري بالولد مني، كقوله: ﴿وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ﴾ [النمل: ٢٠] أي طلبه حال فقده، فهي فعولة من السرو؛ لأنها إنما تسرو وتسود إذا ولدت من مولاها، وهما يقولان: التسري تفعل من المضاعف، لا من المعتل اللام، فهي فعلية من السر الذي (هو الجماع)^(٣).

(١) «المنظومة» لوحة (٨٩)، و«المبسوط» ٢٤٠/٧، و«فتح القدير» ٥٢٠/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٦٧٤/٣.

(٢) «الجامع الكبير» ص ٦٦، و«المبسوط» ١٠١/٧، و«فتح القدير» ١٦٨-١٦٩/٥، و«الاختيار» ٣٠٤/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٨٠٨/٣.

(٣) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

ومعنى التسري: إعداد الأمة أن تكون موطوءة، فلا يكون طلب الولد داخلا في التسري، وما قالاه هو أولى؛ لأن التغير على خلاف الأصل، فما كان خالياً عنه كان أولى. والسرية إذا كانت فعلية من السر كان (خالياً)^(١) من التغير؛ لأنها الفعل الملحوق به /iʔ/ ياء النسبة متبعة بتاء التأنيث، وإذا كان من السرو، فإما أن يكون فعولة أو فعيلة، وأما كان ففيها تغيرات، أما الأول: فإنها سرورة، فقلبت الواو المشددة ياءً مشددةً وأبدلت ضمة الراء كسرةً وضعفت عين الكلمة، وأما الثاني: فإنها سريرة، ففيها تضعيف عين الكلمة، وقلب الواو ياءً، واختراع زنة عربية فإنهم قالوا ليس في الكلام فعيل^(٢).

قال: (أو لأمة غيره إن تسريتك فاشتراها وتسراها ألغينا التعليق).

إذا قال لأمة غيره: إن تسريتك فأنت حرّة. فاشتراها وتسراها لم تعتق. (وقال زفر رحمته الله^(٣): تعتق^(٤))؛ لأن التسري لا يحلّ إلا في الملك، وكذا الجماع، فكان في معنى الإضافة إلى الملك، كقوله: إن أشتريتك وتسريتك فأنت حرّة. وكقوله لأجنبية: إن طلقك فعبدي حرّ. في معنى: إن تزوجتك وطلقك.

ولنا: أن صحة التعليق تعتمد قيام الملك أو الإضافة إلى الملك،

(١) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) «الهداية» ٣٧٣/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٨٠٨/٣-٨٠٩.

(٣) «المبسوط» ١٠١/٧، و«الهداية» ٣٧٣/٢، و«الاختيار» ٣٠٤/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٨٠٩/٣.

(٤) ساقطة من (ج).

كقوله: إن ملكْتُك ونحوه، وهذه ليست في ملكه وقت التعليق، وليس التسري عبارة عن الملك ولا عن سببه، فلم يصح التعليق، كما لو قال لعبد غيره: إن ضربتُكَ فأنت حرٌّ.

وهذا لأن التسري (لا يستعمل مكان الملك، ولا مكان سبب الملك. وليس الملك من ضرورات نفس التسري لثبوت ضرورة، لأن التسري)^(١) لغة: هو التحصين والمنع من الخروج عند أبي حنيفة ومحمد^(٢) رحمهما الله، وليس الملك من ضرورتهما كما في ذات الرحم المحرم، والوطء شرط عندهما لتمام معناه (عرفاً، وطلب الولد عند أبي يوسف لتمام معناه)^(٣) أيضاً، فالتحصين والمنع من الخروج والوطء مع طلب الولد وبدونه، وقد وجد بدون ملك الرقبة، كما في ملك المتعة، فلم يكن ذكر التسري ذكراً للملك بخلاف الشراء؛ لأنه سبب لملك الرقبة، وبخلاف إن طلقْتُك؛ لأن (وزانها)^(٤) إن تسريْتُك فعبدني حرٌّ، ولو قال ذلك فتسراها بعد الشراء عتق عبده الذي كان ملكاً له حالة التعليق، وهذه ليست مملوكة حال التعليق فليست وزانها، ولم يضاف عتقها إلى ملك الرقبة، فبطل شرط صحة التعليق فلغا.



(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الجامع الكبير» ص ٦٩، و«المبسوط» ١٠١/٧، و«الاختيار» ٣٠٤-٣٠٥/٤، و«فتح القدير» ١٦٩/٤.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) في (ب): (دورانها).

فصل في التدبير

قال: (ولو قال: إذا متُّ فأنت حرٌّ، أو حرٌّ عن دبرٍ مني
أو مدبر (أو بعد موتي)^(١) أو قد دبرتك صار مدبراً
لا يجوزُ إخراجه عن ملكه إلا بالعتق).

التدبير: تعليقُ العتق بالموت على الإطلاق، وهذه ألفاظٌ صريحةٌ في
هذا المعنى، فإنها لإثبات العتق عن دبر من الإنسان، وكذلك لو قال: أنت
حرٌّ مع موتي، أو عند موتي، أو في موتي، أو أوصيت لك^(٢) بنفسك
أو برقبتك، أو بثلاث مالي، أما (مع) فإنها للقران، والشروط لا بد من
تقديمها، فكأنه قال: بعد موتي، وعند موتي تعليقُ العتق بالموت،
فيستدعي وجوده أولاً، وفي موتي تعليقٌ أيضاً؛ لأن حرفَ الظرف إذا
دخل على الفعل صيره شرطاً.

وأما الوصية بالرقبة ونحوها؛ فلأن العبد لا يملك رقبةً نفسه، والوصية
تقتضي زوال ملك الموصي عما أوصى به، وانتقاله إلى الموصى له، وأنه
في العبد حرية، كقوله: بعثُ نفسك منك أو وهبتها لك.

وأما الوصية بالثلث؛ فلأنه تملك منه ثلث جميع ماله ورقبته من ماله
فيملكها فيعتق، وكذلك لو قال: بسهم من مالي؛ لأنه عبارة عن السدس.
ولو قال بجزء من ماله لا يكون مدبراً؛ لأن الجزء مبهمٌ والتعيين إلى
الوارث، فلا تكون الرقبة داخلةً لا محالة، وإذا صح التدبيرُ فحكمه أن
لا يجوز إخراجه عن الملك ببيع ولا هبة، لكن بالعتق كما في الكتابة،

(١) من (ب).

(٢) في (أ): (إلي).

لقوله ﷺ: «المدبر لا يُباع ولا يُوهب وهو حرٌّ من الثلث»^(١)، والمعنى فيه أنه مملوكٌ تعلق عتقه بمطلق موت سيده، فلم يجز بيعه كأَمِّ الولد، وهذا لأن الموت كائنٌ لا محالة وهو سبب للخلافة، ألا ترى أن الوارث يخلف المورث بعد موته في تركته وهو بهذا التعليق يثبت للمملوك في الحال الخلافة في رقبته بعد موته، فيكون إيجاباً في ثاني الحال باعتبار وجود سببه على وجهٍ يصير محجوراً عن إبطاله، كما أن الموت لما كان موجِباً للخلافة للوارث في التركة، وسببه المرض ثبت لهم نوعٌ حقٌّ بهذا السبب على وجه صار به محجوراً عن التبرع، وهذه الخلافة في العتق الذي لا يحتمل الإبطال بعد ثبوته، فيتقوى هذا السبب من وجهين، الأول^(٢): أن المعلق به ما لا يحتمل الإبطال، والثاني: أن التعليق بما هو كائن لا محالة وأنه يوجب الخلافة، فبهذه القوة قلنا: لم يجز إبطاله والرجوع عنه، ووجهٌ آخرٌ وهو أن التدبير إنما صحَّ باعتبار أنه وصيةٌ له برقبة لا من حيث إنه تعليقٌ بدليل أنه يعتق بعد الموت، مع أن التعليق بزوال الملك لا يصح، كما لو قال: إن بعثك فأنت حرٌّ، والوصيةُ تنعقد سبباً للملك في الحال؛ لأن الإيجاب متى صحَّ انعقد سبباً للحال، كما إذا / ٧٩ب/ نذر أن يتصدق بدرهم غداً ينعقد سبباً في الحال حتى صحَّ تعجيله، ومتى انعقد سببٌ ملك الرقبةُ انعقد سببُ العتق، وإذا انعقد سببُ العتق انعقد لازماً، لا يملك فسخه بالرجوع عنه نصاً فكذا بالبيع،

(١) رواه الدارقطني ١٣٨/٤، ومن طريقه البيهقي ٣١٤/١٠؛ من حديث ابن عمر، وقال: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله. اهـ

قال الألباني في «الضعيفة» (١٦٤): موضوع.

(٢) في (ب): (إحداهما).

ووجه آخر في الفرق بين هذا التعليق وغيره، أن هذا التعليق سبب في الحال؛ لأننا لو جعلناه سبباً عند وجود الشرط لكان انعقاد السبب حال بطلان الأهلية، وأنه ينافي انعقاد السببية، فلم يمكن تأخير السببية بخلاف سائر التعليقات، فإن المانع من السببية قائم قبل الشرط؛ لأنه يمين، وشرط اليمين مانع من وصول الكلام إلى المحل، والمنع هو المقصود، وأمكن فيها تأخير السببية إلى زمان وجود الشرط؛ لقيام الأهلية عند وجوده فافترقا، وقد مرّت هذه المسألة في كتاب البيوع^(١) مع خلاف الشافعي رَحِمَهُ اللهُ فِيهَا^(٢).

قال: (ويجوز أستخدمه وإجارته ووطؤها وتزويجها^(٣)).

لأن هذه التصرفات تستلزم قيام ملك المتصرف وهو ثابت في المدير والمديرة^(٤).

قال: (ويعتق من الثلث إن خرج منه وإلا فبحسابه، وإن كان مولاه مديوناً يسعى في كل قيمته).

لأن التدبير وصية؛ لأنه تبرّع أضيف إلى ما بعد الموت، والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث كسائر الوصايا، حتى إذا لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي قيمته، وإن كان على المولى دين يسعى في كل

(١) «الكتاب» ١٢٠/٣، و«المبسوط» ١٨٠/٧، و«الهداية» ٣٥٠/٢، و«الاختيار»

٢٥٢/٤، و«تبيين الحقائق» ٩٧/٣، و«البحر الرائق» ٢٨٥/٤.

(٢) «الأم» ١٦/٨، و«المهذب» ٩/٢.

(٣) في (ب): (تزوجهما).

(٤) «الكتاب» ١٢٠/٣، و«المبسوط» ١٨٣/٧، و«الهداية» ٣٥٠/٢، و«الاختيار»

٢٥٣-٢٥٤، و«تبيين الحقائق» ٩٩/٣، و«البحر الرائق» ٢٨٨/٤.

قيمته ؛ لوجوب تقديم الدين على الوصية ، ولا يمكن نقض العتق فتعين ردُّ قيمته^(١).

قال : (ولو قال لعبده ومدبره : أحذكما حرًّا والآخر مدبرًا ، يُفتى بعتق القنِّ وأشاعهما فيهما).

رجلٌ قال لعبده ومدبره : أحذكما حرًّا والآخر مدبرًا.

قال أبو يوسف رحمته الله^(٢) : عتق القنِّ والمدبرُ على حاله ؛ لأنه صلح إخبارًا (إن أراد بالأول القنَّ ، وإنشاءً إن لم يرد به ، فلا يثبت كونه إنشاءً بالشك ، وكونه إخبارًا)^(٣) حقيقةً فيحمل عليه كما لو عكس.

وقال محمد رحمته الله : إذا مات من غير بيان يشيع العتق فيهما ، ويصيرُ نصفُ القنِّ مدبرًا أيضًا ، وقيل : هو قول أبي حنيفة رحمته الله ، ووجهه أن الإيجابَ الأولَ يقسم عليهما لحاجتهما إلى العتق ، وقوله : (والآخر مدبرًا) عطف عليه والأول إنشاءً ، والثاني صالحٌ لذلك ، فيجعل إنشاءً لا إخبارًا ؛ لأن قوله : (والآخر مبهمٌ) ضرورة^(٤) أنه غير ما هو المراد بقوله : (أحذكما) في الإيجاب الأول ، وذلك إنشاء للعتق في المبهم ، ومعنى قوله : (والآخر) استفاد منه فيكون مبهمًا ، والمدبرُ المعروف (معينٌ ، والمعينُ)^(٣) غيرُ المبهم ، ولهذا لو قال : أحذكما مدبرًا والآخر حرًّا عتق القنُّ ؛ لأن الأول صالح للإخبار ، ولا صارف عنه فحمل عليه ،

(١) «الكتاب» ١٢٠/٣ ، و«المبسوط» ١٨٥/٧ ، و«الهداية» ٣٥٠/٢ ، و«الاختيار»

٢٥٤/٤ ، و«تبيين الحقائق» ٩٩/٣ ، و«البحر الرائق» ٢٨٨/٤ .

(٢) «الجامع الكبير» ص ٢٠٠ ، و«المنظومة» لوحة (٣٦) ، و«مختلف الرواية» ١١٠٥/٢ .

(٣) ساقطة من (ب) .

(٤) في (ب) : (صورته) .

والثاني: إنشاء للعتق في الآخر؛ لعدم صلاحية الإخبار. وأما في مسألتنا فوجد الصارف عن الحمل على (الإخبار)^(١)، وهو كونه معطوفاً على ما هو إنشاء مع (صلاحية للإنشاء)^(٢).

قال: (ولو أعتق أحد الشريكين ودبر الآخر معاً عتق، ويغرمه نصف قيمته قنًا لا مدبراً).

عبد بين شريكين أعتقه أحدهما ودبر الآخر معاً عتق كله، ويضمن المعتق لشريكه نصف قيمته قنًا عند أبي يوسف رحمته الله^(٣)؛ لأن العتق أقوى من التدبير فيدفعه، فصار المعتق متملكاً نصيب شريكه فلزمه ضمانه قنًا.

وقال محمد رحمته الله^(٣): يضمن نصف قيمته مدبراً؛ لأن العتق والتدبير ثبنا معاً لوجود سببهما ثم غلب العتق على التدبير؛ لكونه أقوى منه فيصير كله معتقاً بإعتاقه، فلزمه ضمان مالية ما بقي للمدبر في نصيبه بعد التدبير، دون ما أفاء به المدبر (تدبير نصيبه)^(٤) منه.

قال: (ولو أسلم مدبر الذمي حكماً بعتقه بعد السعاية لا قبلها).

ذمي دبر عبده الذمي، فأسلم العبد يحكم عليه (بأن يسعى في قيمته)^(٤) لمولاه، ويكون حكمه حكم المكاتب، فإذا أوفى السعاية عنده عتق^(٥).

(١) في (ج): (الآخر). (٢) في (ب): (صلاحية الإنشاء).
(٣) «المنظومة» لوحة (٨٩)، و«مختصر الطحاوي» ص ٣٧٠-٣٧١، و«المبسوط» ١٨٦/٧-١٨٧، و«فتح القدير» ٤٧٨/٤-٤٧٩.
(٤) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).
(٥) «المنظومة» لوحة (١٠٦) «المبسوط» ٢٠٠/٧، و«مختلف الرواية» ١١٥/٣.

وقال زفر^(١) رَحِمَهُ اللهُ: يعتق في الحال ويسعى في قيمته؛ لأن إزالته باستدامة ملك الكافر عليه إلى أن يؤدي السعاية لا يجوز.

ولنا: أنه تعذر إبقاء ملكه بالإسلام، وملك الذمي معصوم، فلا يمكن إزالته مجاناً، فكان كالمكاتب أحق بنفسه وكسبه مصوناً عن ذلّ أستخدمه مطلوباً باكتساب المال الذي يدفعه إلى الذمي؛ لينال هو شرف الحرية، والذمي عوض ماليته القائمة به نظراً للجانبين، وهذا أولى لجواز الإفلاس، والمال في ذمة المفلس باق^(٢)، فيكون فيه إضرار بالذمي وكان كإزالة ملكه عنه لا إلى بدل، والذلّ الحاصل زمان السعاية ليس إلا أثر ملك اليمين، والإسلام لا يوجب إزالته بدليل استبقائه^(٣) على العبد والمدير والمكاتب مع إسلامهم، وإنما الواجب دفع ذلّ أستخدمه إياه قهراً، وقد أنتفى تنزيله مكاتباً^(٤).

قال: (وإن علقه بموته على صفة لم يكن مدبراً فإن تحقق المجموع عتق كالمدير).

إذا قال: إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا، أو من مرض كذا، فليس بمدبر، ويجوز بيعه؛ لأن السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة، فإنها ليست مما يجب وجودها لا محالة، بخلاف المدير المطلق / ١٨٠ / لأنه معلق بالموت الكائن قطعاً، فإن تحقق المجموع، أي: الموت على تلك الصفة التي علق العتق بوجودها عتق، كما يعتق

(١) «مختلف الرواية» ١١٥ / ٣.

(٢) في (أ): (ثاو).

(٣) في (ج): (استدامته).

(٤) «المبسوط» ٢٠٠ / ٧.

المدير، يعني من ثلث المال لثبوت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لتحقيق تلك الصفة، ومن التدبير المقيد أن يقول: إن متُّ إلى سنةٍ أو عشر سنين. فإن قال: إلى مائة سنةٍ. ومثله لا يعيش غالبًا إلى مثلها كان مديرًا؛ لأنه كائنٌ لا محالة^(١).

قال: (أو إن مات فلان، أو أنا فانت حرٌّ، أو قبل موتي بشهر أجزنا بيعه).

رجل قال: أنت حرٌّ إن مات فلان أو أنا، أو قال ذلك بالعكس، فهذا ليس بمدير يجوز بيعه^(٢).

وقال زفر رحمته الله^(٢): هو مديرٌ لا يجوز بيعه؛ لأنه تعلق عتقه بموته؛ لأنه علقه بموت أحدهما أيهما وجد، فكان تعليقًا بموته لا محالة.

ولنا^(٢): أنه علقه بموته، ولكن على صفةٍ ألا يتأخر عن موت فلان، فكان بمنزلة قوله: إن متُّ من مرضي هذا فانت حر، فكان مديرًا مقيدًا، وحكمه حكم المعلق بالشرط، وإذا قال له: أنت حرٌّ قبل موتي بشهر، فليس بمديرٍ أيضًا ويجوز بيعه.

وقال زفر رحمته الله^(٢): هو مديرٌ لتعلق ظهور عتقه بموته. ولنا أن هذا الكلام حين صدوره من المولى لم يكن تدبيرًا مطلقًا؛ لأن عتق المدير لازم الوقوع عند موت المولى في التدبير المطلق، وهذا لا يعتق بالموت لو مات قبل

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٧١، و«الكتاب» ١٢١/٣، و«المبسوط» ١٨١/٧، و«الهداية» ٣٥٠/٢، و«الاختيار» ٢٥٥/٤، و«تبيين الحقائق» ٩٩/٣-١٠٠، و«البحر الرائق» ٢٩٠/٤.

(٢) «المبسوط» ١٨١/٧، و«تبيين الحقائق» ١٠٠/٣، و«فتح القدير» ١٩/٥، و«البحر الرائق» ٢٩٠/٤.

شهر من هذا الكلام، فلم يكن مدبراً مطلقاً حين صدوره منه ينقلب تديراً
مطلقاً من دون موجبٍ من جهة^(١) ذلك^(٢).

.....

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٧١، ٣٧٧، و«المبسوط» ١٨١/٧، و«تبيين الحقائق»
١٠٠/٣، و«فتح القدير» ١٩/٥، و«البحر الرائق» ٢٩٠/٤.

فصل في الاستيلاء

قال: (إذا أتت بولدٍ من مولاها، فاعترف به يثبت نسبه
لا بالإقرار بوطئها).

الاستيلاء لغة: هو طلب الولد مطلقاً. وفي الشريعة: طلب الولد من
الأمّة، وكل أمّة ثبت نسب ولدها من مالك لها أو لبعضها فهي أم ولد
له؛ لأنّ الاستيلاء لثبوت الولد، فإذا ثبت الأصل ثبت الفرع الذي
هو أمومية الولد، وثبوت نسبه منه بالدعوى.

وقال الشافعي رحمه الله^(١): إذا أعترف بوطئها ثم أتت بولدٍ ثبت نسبه منه؛
لأنّ النسب يثبت في المنكوحة بالعقد المفضي إلى الولد بواسطة الوطء،
فلأن يكون الوطء نفسه مع أنه أكثر إفضاءً مثبتاً للنسب أولى.

ولنا: أنه لا فراش لها؛ لأنّ المقصود من وطء الإمام غالباً قضاء
الشهوة دون الولد، فإن الأشراف يمتنعون من وطء الإمام؛ تحريزاً عن
تحصيل الولد منهن إلى اختيار الحرائر؛ ولهذا جاز له العزل في الأمّة
دون الحرّة؛ لأنّ المراد من الزوجة طلب الولد غالباً، قال رحمه الله:
«تناكحوا تكثروا»^(٢). مشيراً إلى الغرض الأصلي في شرعية النكاح، ثم
إن كان يطؤها ولا يعزل عنها لا يحلّ له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى،
ويلزمه الاعتراف به، إذ الظاهر أنه منه، وإن لم يكن حصنها ويعزل عنها
جاز له النفي؛ لتعارض الظاهر.

(١) «المهذب» ٢/٢٠، و«الوجيز» ٢/٢٩٤.

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» ٦/١٧٣ من حديث سعيد بن أبي هلال مرسلًا.
وعزاه العراقي في «تخريج الإحياء» ٢/٣٢ لابن مردويه في «تفسيره» من حديث ابن
عمر وضعف سنده.

وعن أبي يوسف رحمته الله^(١) : إن كان يطؤها ولم يحصنها أحب إليّ أن يدّعيه ؛ لجواز كونه منه فلا ينفيه بالشك.

وقال محمد رحمته الله : أحبُّ إليّ أن يعتق ولدها ويستمتع بها ، فإذا مات أعتقها ، أما عدم الالتزام فلعدم وجوبه بالشك ، وأما العتق ، فلأنه يحتمل أنه عبدٌ وأنه حرٌّ ، فلا يسترقه بالشك ، (وأما الاستمتاع بالأمِّ فلأنه مباح له وإن ثبت نسبه ، وأما الإعتاق بعد الموت كيلا يسترق بالشك)^{(٢)(٣)}.

قال : (فإن ولدت بعد ذلك ثبت من غير دعوى ويتنفي بمجرد نفيه).

لأنه لما ادّعى الأول تعيين الولد مقصوداً^(٤) منها ، فصارت فراشاً كالمعقود عليها ، إلا أنه إذا نفاه أنتفى بقوله من غير لعان ؛ لأنَّ فراشها ضعيفٌ ؛ ألا ترى أنه يقدر على إبطاله بالتزويج ، فينفرد بنفيه ، بخلاف المنكوحة ؛ لقوة فراشها ، فلا ينتفي ولدها إلا باللعان^(٥).

قال : (ولا يجوز إخراجها عن ملكه إلا بالعتق).

أم الولد لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها بوجه من الوجوه^(٦) ،

(١) «الاختيار» ٢٥٥/٤.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «الكتاب» ١٢٢/٣ ، و«الهداية» ٣٥١/٢ ، و«الاختيار» ٢٥٥/٤-٢٥٦ ، و«درر الحكام» ١٩/٢ ، و«البحر الرائق» ٢٩٣/٤ ، و«حاشية ابن عابدين» ٦٩٠/٣-٦٩١.

(٤) في (ج) : (معقوداً).

(٥) «الكتاب» ١٢٢/٣ ، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧٠/١ ، و«الهداية» ٣٥١/٢ ، و«الاختيار» ٢٥٦/٤ ، و«درر الحكام» ١٩/٢ ، و«حاشية ابن عابدين» ٩٦٣/٣.

(٦) «الكتاب» ١٢٢/٣ ، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٩/١ ، و«الهداية» ٣٥١/٢ ،

والأصل فيه أنه ﷺ أعتق أمهات الأولاد من جميع المال، وقال ﷺ: «لا يبعن»^(١)، وخطب عمر رضي الله عنه فقال: ألا إن بيع أمهات الأولاد حرام (إلى يوم القيامة)^(٢)، ولا رق عليها بعد موت مولاها. وعن سعيد بن المسيب أنه ﷺ أمر بعتقهن، وأن لا يسعين في الدين، ولا يجعلن من الثلث.

وعن علي رضي الله عنه: أجمع رأيي ورأي عمر رضي الله عنه في نفر من أصحاب رسول الله ﷺ على عتق أمهات الأولاد، ثم رأيت بعد أن يبعن في الدين، فقال عبيدة السلماني^(٣): رأيك ورأي عمر رضي الله عنه في جماعة أحب إلينا من رأيك في الفرقة، فقال رضي الله عنه: إن السلماني لفيقه. ورجع عن ذلك^(٤).

ولأن الجزئية ثابتة بواسطة الولد بين الواطئ والموطوءة، وبعد الانفصال تبقى الجزئية حكماً، فأوجب ذلك حكماً مؤجلاً إلى ما بعد

و«الاختيار» ٢٥٦/٤، و«البحر الرائق» ٢٩٢/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٦٩٣/٣.

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٨٧/٢: لم أجده، وروى الدارقطني ١٣٤/٤ أن النبي ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد، وقال: «لا يبعن، ولا يوهبن، ولا يورثن...».

(٢) من (ب).

(٣) عبيدة السلماني المرادي الهمداني، قيل: إنه عبادة بن قيس، وقيل: عبيدة بن عمرو وقيل: عبيدة بن قيس بن عمرو، يكنى أبا مسلم، ويقال: أبا عمرو كوفي تابعي ثقة جاهلي، أسلم قبل وفاة النبي ﷺ بستين ولم ير النبي ﷺ.

قال الشعبي: كان شريح أعلمهم بالقضاء وكان عبيدة يوازي شريحا في القضاء. توفي سنة اثنتين وسبعين

«تاريخ بغداد» ١١٧/١-١١٩، و«الثقات» للعجلي ١٢٤/٢

(٤) رواه عبد الرزاق في «المصنف» ٢٩١-٢٩٢ (١٣٢٢٤)، وابن أبي شيبة ٤١٤/٤ (٢١٥٨٣).

الموت؛ لضعف السبب؛ لأن هذه الجزئية الثابتة حكماً هي بواسطة نسبة الولد إليه، والنسب ثابت من جهة الرجال، فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن، / ٨٠ب/ ألا ترى أن الحرة إذا ملكت زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بموتها؛ لأن النسب يضاف إليه، وبشوت العتق المؤجل إلى ما بعد الموت يثبت لها حق العتق في الحال، وحق العتق مانع من جواز البيع ومن إخراجها عن ملكه بأنواع التملك، ويوجب عتقها بعد موته، وكذلك إذا كان بعضها مملوكاً له؛ لأن الأستيلاد (لا يتجزأ؛ لأن الأستيلاد)^(١) فرع على النسب، والنسب لا يتجزأ^(٢).

قال: (ويجوز أستخدمها وإجارتها ووطؤها وتزويجها).

لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة، وحق العتق غير مانع من هذه الأحكام^(٣).

قال: (فإن ولدت من زوجها تبعها في حكمها).

لأن حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير، ألا ترى أن ولد الحرة حر، وولد القينة قن، ونسبه ثابت من الزوج لقيام فراشه^(٤)؟!

(١) ساقط من (ج).

(٢) «الكتاب» ١٢٢/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧٠/١، و«الهداية» ٣٥١/٢، و«الاختيار» ٢٥٦/٤، و«درر الحكام» ١٩/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٣٦٩/٣.

(٣) «الكتاب» ١٢٢/٣، و«الهداية» ٣٥١/٢، و«الاختيار» ٢٥٧/٤، و«تبيين الحقائق» ١٠٤/٣.

(٤) «الكتاب» ١٢٣/٣، و«الهداية» ٣٥٢/٢، و«الاختيار» ٢٥٧/٤، و«درر الحكام» ٢٠/٢، و«البحر الرائق» ٢٩٥/٤.

قال: (ويعتق من جميع المال ولا يسعى في ديونه).

لما روينا من حديث سعيد (بن المسيب)^(١)؛ ولأن الولد من الحوائج الأصلية، والحوائج الأصلية مقدمة على حق الورثة، والدين كالتكفين بخلاف التدبير فإنه وصية؛ لأنه من الحوائج الزائدة، ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا؛ ولأنها ليست بمال متقوم (حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمته الله^(٢)، فلا يتعلق بها حق الغرماء، بخلاف المدبر، لأنه مال متقوم)^{(٣)(٤)}.

قال: (وهي غير متقومة).

أم الولد لا قيمة لها عند أبي حنيفة رحمته الله^(٥) حتى لا تضمن بالغصب ولا بإعتاق أحد الشريكين، وإذا مات أحد موليها تعتق ولا تسعى. وقال أبو يوسف^(٦) ومحمد^(٦) رحمهما الله: لها قيمته وتضمن بالغصب وبإعتاق أحد الشريكين وتسعى إذا مات أحد موليها، وقيمتها (ما يقومها)^(٧) به رجلان من أهل البصارة يقيم الأشياء وهي ثلث قيمتها

(١) من (ب).

(٢) «الكتاب» ١٢٣/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٩/١، و«الهداية» ٣٥٢/٢، و«الاختيار» ٢٥٧/٤، و«البحر الرائق» ٢٩٥/٤.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «الكتاب» ١٢٣/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٩/١، و«الهداية» ٣٥٢/٢، و«الاختيار» ٢٥٧/٤، و«درر الحكام» ١٩/٢، و«البحر الرائق» ٢٩٤-٢٩٥/٤.

(٥) «الكتاب» ١٢٣/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٦٩/١، و«الهداية» ٣٥٢/٢، و«الاختيار» ٢٥٧/٤، و«درر الحكام» ١٩/٢، و«البحر الرائق» ٢٩٥/٤.

(٦) «فتح القدير» ٤٢/٥.

(٧) في (ب): (ما يقوم مقامها).

قنة؛ لفوت منفعة التمليك، ومنفعة قضاء دين المولى، وبقاء منفعة الأستخدام. لهما أن الثابت لها حق الحرية؛ لقوله ﷺ في مارية حين ولدت إبراهيم ﷺ: «أعتقها ولدها»^(١)، أي: حصل لها العتق بسببه، والمراد: عتاقها بعد موته؛ لأنه ﷺ كان يطاء مارية بدون عقد النكاح، فقلنا بثبوت حق العتق في الحال مع حرمة بيعها إلحاقاً بالحقيقة في تحريم البيع، وحق العتق مؤثر في حرمة البيع دون إسقاط التقوم كما في (الدين)^(٢)، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت تسعى في قيمتها، وأنه دليل التقوم؟! وله أن سبب ثبوت العتق لها وهو قوله ﷺ: «أعتقها ولدها» متنجز، وأنه يقتضي تنجيز الحكم أيضاً، إلا أن العتق تأجل لحاجة المولى إلى الانتفاع بها مدة حياته، ولم يتأجل تقومها (الذي يقتضيه النص؛ لانتفاء الحاجة إلى بقاء التقوم للانتفاع بها فسقط تقومها)^(٣) وتأجل عتقها، وهذا بخلاف المدبر؛ لأن الأصل فيه أن يكون الحكم بعد الموت لوجود الإضافة إلى ما بعد الموت.

وإنما حكمنا بوجود السبب في الحال بحكم الضرورة، وهي إضافة التصرف إلى زمان بطلان الأهلية، فوقع التراخي بين السبب والحكم؛ لنقل السببية إلى زمان التعليق بدون نقل الحكم، فصار سبباً للحال مفيداً حق الحرية المانع من تمليكه لا غير، أما أم ولد النصراني إذا أسلمت فقد حكمنا لها بالتكاتب عليه، رعاية للحقين وبدل الكتابة يجب مقابلاً

(١) رواه ابن ماجه (٢٥١٦)، والحاكم ١٩/٢، وتعقبه الذهبي بقوله: حسين متروك. اهـ

من حديث ابن عباس.

(٢) من (ب).

(٣) ساقط من (ب).

بما ليس بمال، وهو سلامة الأكساب، وإنما قدرنا بدل الكتابة بقدر قيمتها لو كانت لها قيمة؛ لأن ذلك أعدل، ولا يلزم من هذا بقاء التقوم.

قال: (ولو هلك هي أو مدبره عند المشتري فهي غير مضمونة).

رجلٌ باع أمَّ ولده، أو باع مدبراً وقبض المشتري، فهلك في يده، لا شيء (على المشتري)^(١) عند أبي حنيفة^(٢) رَحِمَهُ اللهُ.

وقال^(٢): تجب القيمة؛ لأن البيع وإن كان غير صحيح إلا أنهما مقبوضان^(٣) بجهة البيع فيضمنان؛ لأنَّ المقبوض بجهة البيع ملحق بالمقبوض بالبيع الفاسد، كالمقبوض على سوم الشرى إذا عين ثمنه. وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقة البيع الفاسد عند تصور حكم البيع الفاسد، وهو الملك بالقبض، وههنا لا يتصور حكمه، فامتنع الإلحاق، فامتنع الضمان^(٢).

قال: (وإذا نكح أمة فولدت ثم ملكها نجعلها أمَّ ولدٍ له). وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ^(٤): لا تصير أمَّ ولد (له)^(٥)، وله بيعها، ولو كان أستولدها بملك يمين ثم أستحققت ثم ملكها تصير أمَّ ولده عندنا^(٦).

(١) في (ب): (عليه).

(٢) «مختلف الرواية» ٢/ ١٠٨٥-١٠٨٦، و«الهداية» ٣/ ٤٧-٤٨.

(٣) في (ب): (متقومتان).

(٤) «المهذب» ٢/ ٢٠، و«الوجيز» ٢/ ٢٩٥، و«روضة الطالبين» ٨/ ٥٥٣.

(٥) من (ب).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٣٧٧، و«الكتاب» ٣/ ١٢٣، و«المبسوط» ٧/ ١٥٤،

و«فتاوى قاضيخان» ١/ ٥٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٥٢-٣٥٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٨،

و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٤-٢٩٦.

وللشافعي^(١) رَحِمَهُ اللهُ (فيه)^(٢) قولان وهو ولدُ المغرور له أنها حين علقت به علقت برقيق فلا تكون أمّ ولدٍ له، كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني؛ وهذا لأنّ أمية الولد تثبت باعتبار العلوق بالولد حرّاً؛ لكونه جزء الأم في تلك الحالة، والجزء له حكم الكل.

ولنا^(٣): أن السبب هو الجزئية الثابتة بينه وبينها بانتساب الولد إلى كل من أبويه كملاً على ما عرف، فتثبت الجزئية بهذه الوسطة بخلاف الزنا؛ لأنه لا (ينسب)^(٤) الولد فيه إلى الزاني، فإذا لم يثبت النسب منه لم تثبت الجزئية؛ لأنها باعتبارها.

قال: (ولو وطئ جارية ابنه فولدت (فادّعاها صارت أمّ ولده)^(٥))

ويضمن قيمتها لا قيمة ولده ولا نوجب مهرها).

رجلٌ وطئ جارية ابنه فأتت بولدٍ / ٨١ / يثبت نسبه منه، وكانت أمّ ولده^(٦) وعليه قيمتها، وليس عليه قيمة ولدها^(٧).

ووجه ذلك أن للأب تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء، فله تملك

(١) «روضة الطالبين» ٨ / ٥٥٣-٥٥٤.

(٢) من (ب)، و(ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٧٧، و«الكتاب» ٣ / ١٢٣، و«المبسوط» ٧ / ١٥٤، و«فتاوى قاضيخان» ١ / ٥٦٩، و«الهداية» ٢ / ٣٥٢-٣٥٣، و«الاختيار» ٤ / ٢٥٨، و«البحر الرائق» ٤ / ٢٩٤-٢٩٦.

(٤) في (ب): (يثبت).

(٥) في (ج): (فادعاها صارت أم ولد له).

(٦) في (ب)، (ج): (ولد له).

(٧) «الكتاب» ٣ / ١٢٣، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣ / ١٩٠، و«الهداية» ٢ / ٣٥٣، و«الاختيار» ٤ / ٢٥٨، و«تبين الحقائق» ٣ / ١٠٤.

جاريته (للحاجة)^(١) إلى صيانة الماء، إلّا أنّ الحاجة إلى بقاء نسله دون حاجته إلى بقاء نفسه؛ فلهذا تفاوت حال تملكه، فيملك الجارية بالقيمة، والطعام بغير قيمة، ثم هذا الملك^(٢) يثبت له (قبل أستيلاده)^(٣) شرطاً (لصحته)^(١)؛ لأنّ المصحح للاستيلاد إما حقيقة الملك أو حقه كوطء الغازي المسبية قبل القسمة، وكالمشتري شراءً فاسداً وكالمرهون، وليس للأب حقيقة الملك ولاحقه، ألا ترى أنّ له الزوج بها؟! فوجب تقديم الملك تصحيحاً للاستيلاد فتبيّن أن الوطاء يلاقي ملكه، فلا يلزمه مهرٌ مثلها.

وقال زفر^(٤) والشافعي^(٥) رحمهما الله: يجب المهر بناءً على ثبوت الملك له حكماً للاستيلاد، لا شرطاً، والحكم يتعقبه كما في الجارية المشتركة. والفرق عندنا بين المسألتين أنّ المصحح للاستيلاد في المشتركة قائم في الحال، وهو ملك نصفها وهو كافٍ إلّا أن الأستيلاد لمّا لم يكن متجزئاً صار متملكاً نصيب شريكه حكماً للاستيلاد، وفي مسألتنا مسّت الحاجة إلى تقديم الملك لصحة الأستيلاد، فكان شرطاً.

قال: (ولا يثبت بوطء الجدّ مع بقاء الأب).

لا يثبت نسب الولد بوطء الجدّ مع بقاء الأب؛ لأنّه لا ولاية للجدّ حال وجود الأب، ولو كان الأب ميتاً ثبت من الجدّ، كما يثبت من الأب؛ لظهور

(١) من (ب)، (ج).

(٢) في (ب): (الحكم).

(٣) في (ب): (وقبيل الأستيلاد).

(٤) «الهداية» ١/٢٣٦.

(٥) «الوجيز» ٢/٢١، و«المجموع» ١٧/٤١٢-٤١٤.

ولايته حينئذ، وكفر الأب ورقة بمنزلة الموت؛ لكونه قاطعاً للولاية^(١).

قال: (وإذا أدعاه أحد الشريكين ثبت منه وصارت أم ولد له

وضمن نصف عقرها ونصف قيمتها لا قيمة الولد).

إذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادّعاه أحدهما ثبت نسبه منه؛ لأنّ الاستيلاد لا يتجزأ بناءً على أنه فرع ثبوت النسب، ولما ثبت نسبه في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة عدم التجزيء وصارت أم ولد له^(١).

أما عندهما^(١) فالاستيلاد لا يتجزأ.

وعند أبي حنيفة^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يصير نصيبه أم ولد له ثم يملك نصيب صاحبه؛ لكونه قابلاً للملك، ويضمن نصف قيمتها؛ لأنه أتكمل استيلادها بتملك نصيب الشريك^(٢) ويضمن نصف عقرها؛ لأنه واطئ جارية مشتركة، والفرق بينه وبين وطء الأب جارية ابنه أنّ الملك ثمة يثبت شرطاً لصحة استيلاد الأب فيتقدمه، فكان واطئاً ملك نفسه، فلم يجب العقر، وههنا ما له من الملك فيها كافٍ لصحة الاستيلاد، فلم تمس الحاجة إلى تقديم الملك في نصيب الشريك على الوطء، فكان واطئاً جارية مشتركة، فيجب نصف العقر، ولا يغرم قيمة الولد؛ لأنّ النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق، فلم يتعلق شيء منه^(٣).

(١) «الكتاب» ١٢٤/٣، و«الهداية» ٣٥٣/٢، و«الاختيار» ٢٥٩/٤، و«تبيين الحقائق» ١٠٤/٣.

(٢) في (ب): (صاحبه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٧٢، و«الكتاب» ١٢٤/٣، و«الهداية» ٣٥٣/٢، و«الاختيار» ٢٥٩/٤.

قال: (ولو أدعياه نثبته منهما، ولا نعتبرُ القائفَ، وتصير أم ولدٍ لهما، ويغرم كل منهما نصف العقر قصاصاً، ويرثُ (من) ^(١) كلٌّ منهما كابن ويرثانه كأب).

رجلان لهما جارية فأنت بولدٍ فادّعى ^(٢) كلٌّ منهما ثبت نسبه منهما إذا حملت ^(٣) به على ملكهما.

وقال الشافعي رحمته الله ^(٤): يعتبر قولُ القائفِ في إلحاقه بأحدهما، وإثباتُ خلافه من الزوائد.

له: أن إلحاق النسب بشخصين مع العلم بأن الولد لا يتخلق من مائين متعذرٌ، وقد وردت السنة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سرَّ بقول القائف حين ألحق أسامة بن زيد رضي الله عنه بأبيه لما نظر إلى أعقابهما فقال: «بعض هذه من بعض» ^(٥)، فوجب الرجوع إليه. ولنا كتابُ عمر رضي الله عنه إلى شريح في هذه الحادثة: لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضرٍ من الصحابة رضي الله عنهم، وعن علي رضي الله عنه مثله؛ ولأنهما لما أُسْتُويا في سببِ الاستحقاقِ أُسْتُويا فيه، والنسبُ وإن كان مما لا يتجزأ لكن تتعلق به أحكامٌ تقبلُ التجزيءَ، فيثبت في حقهما ما يتجزأ على التجزئة، وما لا يتجزأ يثبت في حق كل منهما على الكمال كأن ليس معه غيره، إلا إذا كان أحد الشريكين أب

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (فادّعاه).

(٣) في (ب): (حبلت).

(٤) «الوجيز» ٢/ ٢٧٣، و«روضة الطالبين» ٨/ ٣٧٧-٣٧٨.

(٥) رواه البخاري (٣٥٥٥)، ومسلم (١٤٥٩).

الآخر، أو كان مسلماً والآخر ذمياً، فإن المسلم أحقُّ لوجود المرجح وهو الإسلام، والأب أحقُّ لما له من حقِّ التملك في مال الأبْن، وأما سرور النبي ﷺ بقول القائف، فلأنَّ الكفار طعنوا في نسب أسامة، وكان قولُ القائف قاطعاً لطعنهم، فسرَّ به، وصارت الأمُّ أمَّ ولد (لهما)^(١)؛ لصحة دعوى كل واحدٍ من الشريكين في نصيبه في الولد، فيصيرُ نصيبُه منها أمَّ ولد له تبعاً لولدها، وعلى كل منهما نصفُ (العقر)^(٢) قصاصاً بماله على الآخر، وورث^(٣) الأبْن من كل منهما ميراث ابن كامل؛ لأنه قد أقرَّ له بميراثه كله، وهو حجةٌ في حقه، ويرث الأبوان منه ميراثَ أبٍ واحدٍ؛ لاستوائهما في السبب وهو الشركة في الجارية؛ لأنَّ كلاً منهما يملك نصفها لا مزية لأحدهما على الآخر، كما إذا أقاما البينة على ملك كل منهما نصيباً منها فإنه ينقسم / ٨١ ب/ بينهما^(٤).

قال: (وإذا وطئ جارية مكاتبه فولدت، فادَّعاه، فإن صدَّقه ثبت، وضمن عقرها وقيمتها، ولا تصير أم ولد، وإلا فلا).

المولى إذا وطئ جارية مكاتبه، فإن صدَّقه المكاتبُ ثبت نسبه من المولى^(٤).

(١) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٢) في (ب): (ويرث).

(٣) «الكتاب» ١٢٥/٣، و«الهداية» ٣٥٣/٢، و«الاختيار» ٢٥٩-٢٦٠/٤، و«تبيين الحقائق» ١٠٥-١٠٦/٣.

(٤) «الكتاب» ١٢٦/٣، و«الهداية» ٣٥٤/٢، و«تبيين الحقائق» ١٠٦/٣.

وعن أبي يوسف^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه يثبت من غير تصديق، كما في الأب يدعي ولد جارية ابنه، ووجه الظاهر - وهو الفرق - أَنَّ المولى لا يملك التصرف في أكساب المكاتب حتى لا يملكها، وللأب التملك، ولا يعتبر تصديق الأب، وعليه عقرها؛ لأنَّ الملك لا يتقدمه فإن ما له فيها من الحق، وهو أنه كسب كسبه (كاف لصحة الاستيلاء، فيجب العقر، وعليه قيمة الولد؛ لأنه في معنى الغرور؛ لأنه اعتمد دليلاً وهو أنه كسب كسبه)^(٢)، فلم يكن راضياً برق ولده، فكان حرّاً بالقيمة؛ دفعاً للضرر عنه وعن المكاتب، فيثبت نسبه منه، ولا تكون الجارية أم ولد له؛ لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور، وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت؛ لأنَّ تصديقه معتبر لما مرَّ^(١).

قال: (ولو ادّعى استيلاء شريكه فأنكر أفتي بالسعاية له في نصف قيمتها، وقالوا: تخدمه يوماً لا يوماً).

شريكان في أمة ادّعى أحدهما أنَّ شريكه استولدها فأنكر الآخر. قال محمد رحمه^(٣) الله: تسعى للمنكر في نصف قيمتها، فإذا أدت عتقت^(٤)؛ لأن المقر أفسد نصيبه ونصيب شريكه وتعذر التضمن، فوجبت السعاية، كما لو أعتقه وهو معسر، وليس للمقر عليها سبيل؛ لأنَّه يزعم أنها أم ولد للآخر، ولا ضمان ولا سعاية لي عليها، فإن الواجب لي ضمان الاستيلاء على المستولد موسراً كان أو معسراً، لكنه

(١) «الكتاب» ١٢٦/٣، و«الهداية» ٣٥٤/٢، و«تبيين الحقائق» ١٠٦/٣.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «الجامع الصغير» ص ٢٤٦، و«مختلف الرواية» ١١٠٠-١١٠١/٢.

(٤) هذا قول أبي يوسف الأول - «مختلف الرواية» ١١٠١/٢.

لم يصدق على شريكه، وإذا سعت فقد أنتقل ما كان للمنكر فيها إلى السعاية فعتق نصيبه، كالمكاتب يؤدي بدل الكتابة، وكأم ولد النصراني إذا سعت بعد الإسلام في قيمتها، ومتى عتق بعضها عتق كلها؛ لأن ذلك لا يتجزأ عنده.

وقال أبو حنيفة^(١) وأبو يوسف^(٢) رحمهما الله: هي أم ولد موقوفة تخدم المنكر يوماً وترفع عنها الخدمة يوماً، ولا سبيل للمقر عليها، ونصف كسبها للمنكر ونصفه (موقوف)^(٣) ونفقتها في كسبها، فإن لم يكن لها كسب فنصفها على المنكر؛ لأن مالها في النصف ظاهر، وفي الآخر مشتبه؛ لأن المنكر يقول: لي نصف خدمتها. والمقر يقول: لك كل خدمتها؛ لأنها أم ولدك. فتخدم المنكر يوماً؛ لأنها تصادقا على أن له ذلك، ورفع الخدمة عنها يوماً؛ لأن المقر أسقط حقه في ذلك وزعم أنه للمنكر، وقد جحد المنكر ورفع عنها نصف الخدمة الذي ينفيه، ويلزمها نصف الخدمة الذي توافقا عليه^(٤).

قال: (فإن جنت هذه فنصف الأرض على المنكر، والنصف موقوف، (ويوجب الموقوف)^(٤) في كسبها، وأوجب الكل فيه).

إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر أنه أستولد الجارية المشتركة،

(١) «مختلف الرواية» ١١٠١/٢.

(٢) في (ب): (لها).

(٣) «الجامع الصغير» ص ٢٤٦، و«مختلف الرواية» ١١٠١/٢، المنظومة لوحة (٨٢) لوحة (١١).

(٤) طمس في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

فجحد ثم جنت الجاريةُ كان على (المنكر نصفُ) ^(١) موجب جنايتها ^(٢)،
ويوقف النصف الآخر عند أبي حنيفة رحمته الله ^(٢)؛ لأنَّ النصفَ على المنكر
يتعين؛ لأنَّ المدعي إن كان صادقاً فالكلُّ على المنكر، وإن كان كاذباً
فعليه النصفُ، والنصف الآخر موقوفٌ؛ لأنَّ نصفها موقوفٌ.

وقال أبو يوسف رحمته الله ^(٣) : تؤدي ذلك النصف من كسبها؛ لأنه في مالٍ
مولاهها، و(كسبها مالٌ مولاهها) ^(٤).

وقال محمد رحمته الله ^(٣) : تؤدي كلَّ موجب جنايتها من كسبها؛ لأنَّ عنده أن
الأمّة لا تخدم المنكر ولكنها تسعى على ما مرَّ، وأبو يوسف رحمته الله رجع إلى
قول أبي حنيفة رحمته الله في الخدمة لا في الجناية.

قال: (ولو ولدت فباعها فادّعاه أب المولى: يحكم بثبوته منه
ويغرمه قيمته).

إذا ولدت الأمّة ولدًا ثم باعها المولى أو وهبها وسلّمها أو كاتبها، ثم
ادّعى أبو المالك أنه ابنه.

قال أبو حنيفة ^(٥) ومحمد ^(٥) رحمهما الله: لا تصح دعوّته، ولا يثبت
نسبُ الولد منه.

(وقال أبو يوسف ^(٥) رحمته الله : تصح دعوّته، ويثبت نسبُ الولدِ منه) ^(٦)،

(١) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) «مختلف الرواية» ١١٠٧/٣، المنظومة لوحة (٨٢).

(٣) «مختلف الرواية» ١١٠٧/٣.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) «الجامع الكبير» ص ١٢٠، و«مختلف الرواية» ١٠٩٨/٢.

(٦) ساقط من (ج).

ويعتق الولد ويغرم الأب قيمته للابن^(١)؛ لأن الأصل هو الولد؛ لقوله ﷺ: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»^(٢)، وامتناع صحة الدعوى في البيع لا تمنعها في الأصل، والولد قائم على ملك الأب فصحت دعوته فيه، فيثبت نسبه ويكون (الولد)^(٣) حرًا بالقيمة؛ (لأن الأب لما لم يملك الأم؛ لوجود المانع لم يمكن جعله حرًا بالأصل، فوجب جعله حرًا بالقيمة)^(٤)، كولد المغرور، وصار كالمالك يدعي أن الولد منه بعد بيع الأمة.

ولهما: أن شرط صحة الدعوى فائت^(٥) وهو شيان: قيام حق تملك الأمة من حين العلق إلى حين الدعوى من غير انقطاع لتمكن الاستناد، وكون المحل (قابلاً)^(٦) لنقل الملك، وقد فات الأول بالبيع لزوال ولاية التملك؛ لاستلزامه قيام ملك الابن^(٧)، بخلاف الابن؛ لأن له حق الاستحقاق؛ لوجود العلق في ملكه، وهذا الحق لا يبطل بالبيع؛ لأنه راجع إلى النسب، وهو لا يحتمل البطلان، وملك المشتري يحتمله، وحق الأب في التملك يستدعي قيام ملك الابن^(٨)، وبالبيع لم يبق ما له فيبطل حق تملكه ضرورة، وملك المشتري حقيقة لا يبطل لأجل ما كان للأب من هذا الحق قبل البيع؛ /١٨٢/ إذ الزائل في الحال لا يعارض

(١) في (ج): (للأب).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) من (ب).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): (غير ثابت)، وفي (ج): (ثابت).

(٦) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٧) في (ج): (الأب).

(٨) في (ج): (الأب).

الثابت في الحال، فلم تصح دعوى (الأب بعد البيع، وإن صحَّ دعوى)^(١) الأبْن بعده، ولهذا ينتقض البيع فيها بدعوته إن لم يَقم مانعٌ كعتقٍ أو أستيلاد من المشتري، ولا ينتقض البيع فيها بدعوى أب البائع الولد بحال فافتراقاً، وكذلك بالكتابة؛ لأنها مانعةٌ عن انتقال الملك^(٢).



(١) ساقط من (ب).

(٢) «تكملة فتح القدير» ٨ / ٣١٤.

فصل في المكاتب

قال: (ومن كاتب عبده على مالٍ فقبل صار مكاتبًا).

عقد الكتابة مستحبٌ مندوبٌ إليه، قال الله ﷻ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] وليس الأمرُ للإيجابِ بالإجماع^(١)، والمرادُ النَّدْبُ، إذ لو حُمِلَ على الإباحة لتعطل معنى الشرط؛ لأنَّ النَّدْبَ يتعلق به والإباحةُ حاصلةٌ بدونه، والمرادُ بالخير: أن لا يضرَّ بالمسلمين بعد عتقه، فإن غلبَ على ظنه أنه يضرُّهم، فالأفضلُ أن لا يكاتبه، ولو كاتبه صحَّ. وعلى جوازِ الكتابة أنعقد الإجماعُ، وإنما شرط قبول العبد^(٢)؛ لأنه مالٌ يلزمه فلا بدَّ من التزامه وذلك بالقبول، ولا يعتق إلا بأداء جميع البدل؛ لقوله ﷺ: «أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دنانيرَ فهو عبدٌ»^(٣)، وقوله ﷺ: «المكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ، فإذا أدى عُتِقَ»^(٤)، وإن لم يعلق المولى عتقه بالأداء؛ لأنه موجبُ العقد فيثبت من غير شرطٍ كما في البيع^(٥).

(١) «الكشاف» ٢٨٣/٣.

(٢) في (ب)، و(ج): (العقد).

(٣) رواه أبو داود (٣٩٢٧)، والترمذي (١٢٦٠)، وابن ماجه (٢٥١٩). من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. قال الترمذي: حسن غريب.

(٤) رواه أبو داود (٣٩٢٦)، من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وحسنه الألباني في «الإرواء» (١٦٧٤).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٣-٣٨٤، و«الكتاب» ١٢٧/٣، و«المبسوط» ٢/٨، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٣/٣، و«الاختيار» ٢٥٨/٤، و«البحر الرائق» ٤٥/٨.

قال: (ولا نوجب حط شيء من البدل).

إذا تقرر بدل الكتابة، فلا يجب أن يحط منه شيء.

وقال الشافعي رحمه الله^(١): يجب حط شيء منه، وقدّره بعض أصحابه بربع البدل، وبعضهم بما له خطر في العرف واعتبار في الشرع بقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] أي: من بدل الكتابة بدلالة العطف على قوله: ﴿فَكَاتَبُوهُمْ﴾.

ولنا^(٢): أن العطف يقتضي الاشتراك، والأمر بالكتابة للندب، فكذلك ما عطف عليه، ويجوز أن يحمل على مال الصدقة، فيصرف إلى مكاتب غيره، وهذا شائع في اللغة؛ ولأن عقد الكتابة يقتضي إيجاب البدل لا إسقاط بعضه.

قال: (ويجوز منجماً ومؤجلاً، ونجيزه حالاً).

يجوز أن يشترط المال حالاً، ويجوز مؤجلاً ومنجماً.

وقال الشافعي رحمه الله^(٣): لا يجوز حالاً؛ لأن المقصود هو أداء المال إلى المولى، ولا سبيل له إليه إلا بالكسب؛ لعجزه بدونه؛ لعدم أهليته بسبب الرق، ولا بد له من مدة، فاشتراط التعجيل يخل بما هو المقصود، فلا يصح اشتراطه؛ لأنه مبطل بخلاف السلم الحال عنده؛ لثبوت أهليته للأداء، فكان احتمال القدرة ثابتاً احتمالاً، أظهره دليله وهو الإقدام على العقد.

(١) «الأم» ٣٣/٨، و«المهذب» ١٥/٢، و«روضة الطالبين» ٤٩٨/٨، و«غاية البيان» ص ٣٣٦.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٤، و«المبسوط» ٢٠٦/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٣/٣.

(٣) «المهذب» ١١/٢، و«الوجيز» ٢٨٤/٢، و«غاية البيان» ص ٣٣٦.

ولنا^(١): أن النصر مطلق فوجب^(٢) حملُه على إطلاقه، فيصح^(٣) من غير شرط التنجيم؛ ولأنَّ الكتابة عقد معاوضة والبدل^(٤) بمنزلة الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، بخلاف السلم على أصلنا، إذ المسلم فيه معقود عليه، (فاشترطنا القدرة عليه)^(٥)؛ ولأنَّ مبنى الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ظاهراً، بخلاف السلم، فإنَّ مبناه على المضايقة في الحال، وفي الكتابة الحالة يرد في الرق للامتناع عن الأداء؛ لأنَّ العجز عن الأداء يوجب الرد في الرق.

قال: (ومن صغير عاقل).

تجوز الكتابة من العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء؛ لتحقيق الإيجاب والقبول، فإنَّ العاقل من أهل القبول، والتصرف نافع في حقه فجاز^(٦)، وخلاف الشافعي^(٧) فيها مبني على مسألة إذن الصبي للتجارة، وإنما شرطنا عقله؛ لأنه إذا لم يعقل العقد لم يكن من أهل القبول، والعقد متوقف عليه، ألا ترى أنه لو أدى غيره عنه لا يعتق (ويسترد)^(٨) ما دفع.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٤، و«الكتاب» ١٢٧/٣، و«المبسوط» ٣/٨، و«فتاوى قاضيه خان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٣/٣، و«الاختيار» ٢٦١/٤، و«درر الحكام» ٢٣/٢، و«البحر الرائق» ٤٥/٨.

(٢) في (ب): (فوجب). (٣) في (ب): (صحیح).

(٤) من (ب) و(ج). (٥) ساقط من (ج).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٤، و«الكتاب» ١٢٧/٣، و«المبسوط» ٥٢/٨، و«الهداية» ٢٨٤/٣، و«الاختيار» ٢٦١/٤، و«درر الحكام» ٢٣/٢، و«البحر الرائق» ٤٥/٨.

(٧) «الأم» ٣٤/٨، و«المهذب» ١٧/٢، و«الوجيز» ٢٨٥/٢.

(٨) في (ب): (ويشترط).

قال: (ويخرج عن يد المولى دون ملكه).

إذا صحت الكتابةُ فحكمه أن يكونَ العبدُ خارجًا عن يدِ المولى دون ملكه، فيكون أحقَّ بمنافعه وأكسابه؛ لأنَّ المقصودَ من هذا العقدِ وصولُ العبدِ إلى شرف الحرية بوصول البدلِ إلى المولى، ولا يتحقق ذلك إلا بفك الحجر عنه، وثبوت حرية اليد، ليتمكن من التجارة والكسب، ويؤدي البدلَ فإذا أدى عتق هو وأولاده بعتقه، وخرجَ عن ملكِ المولى بالأداء كما خرجَ عن يده بالعقد^(١).

قال: (فيضمن ماله بإتلافه والعقر بوطئها والأرث بالجناية عليها أو على ولدها).

أمَّا ضمانُ المالِ بالإتلاف (فلأن أكسابه له)^(٢) فينزل المولى منه منزلةَ الأجنبي عنه، ولأنه لو لا ضمانه بالإتلاف لكان له إتلافه مجانًا، فيمتنع أداء البدل، فلا يحصل المقصودُ بالعقد، وأما وجوبُ العقر بوطء مكاتبته فلأنها أحقُّ بمنافعها بإجرائها تحقيقًا لما هو المقصودُ من العقد، وهو وصولها إلى الحرية بواسطة الأداء، ولهذا لو وطئت بشبهة أو جني عليها كان عقرها وأرثُ الجناية لها^(٣).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٥، و«الكتاب» ١٢٧/٣-١٢٨، و«المبسوط» ٥/٨، و«الهداية» ٢٨٤/٣، و«الاختيار» ٢٦٢/٤، و«درر الحكام» ٢٣/٢، و«البحر الرائق» ٤٧/٨.

(٢) في (ب): (فلأن المكاتب أحق بأكسابه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٥، و«الكتاب» ١٢٩/٣، و«المبسوط» ٩/٨، و«الهداية» ٢٨٤/٣، و«الاختيار» ٢٦٢/٤، و«درر الحكام» ٢٣/٢، ٢٨، و«البحر الرائق» ٤٧/٨.

قال: (وإن أعتقه سقط البذل).

إذا أعتق المولى عبده المكاتب نفذ عتقه ؛ لبقاء ملكه في رقبته وسقط عنه مال الكتابة ؛ لحصول المقصود / ٨٢ ب / بدونه ، وهو العتق ، وكذلك لو أبرأه عن البذل أو وهبه منه فإنه يعتق ، سواء قبل أو لم يقبل ؛ لأنه أتى بمعنى العتق وهو الإبراء من البذل وإسقاطه عنه ؛ لكنه إذا قال العبد : لا أقبل ، عتق وبقي المال ديناً عليه ؛ لأن هبة الدين مما يرتد بالرد ، وليس العتق كذلك ، والكتابة وإن كانت لازمة من (جانب المولى لكنها تنسخ)^(١) برضا العبد ، والظاهر رضاه توسلاً إلى العتق بغير بدل مع سلامة الأكساب ؛ ولأنها تنفي الكتابة في حق ذلك^(٢).

قال: (ولو اختلفا في قدره فالقول للعبد ، وقالوا : يتحالفان).

إذا اختلف المولى والعبد في مقدار ما كاتبه عليه من المال ، فالقول قول المكاتب مع يمينه عند أبي حنيفة^(٣) رَحِمَهُ اللهُ .
وقالوا^(٣) : يتحالفان .

وهو قوله^(٣) الأول ؛ لأن عقد الكتابة قابل للفسخ فصار كالبيع والإجارة ، والاختلاف في ذلك يوجب التحالف . وله قوله رَحِمَهُ اللهُ : « البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر »^(٤) ، والمنكر هو العبد .

(١) في (ب) : (جهة المال لكنها لا تنسخ).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٦ ، و«الكتاب» ٣ / ١٣٣ ، و«الهداية» ٣ / ٢٨٤ ، و«الاختيار» ٤ / ٢٦٢ ، و«درر الحكام» ٢ / ٢٣ ، و«البحر الرائق» ٨ / ٤٧ .

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٦ ، و«الكتاب» ٤ / ٥٠ ، و«المبسوط» ٧ / ١٦٩ ، ٨ / ٦٤ - ٦٥ ، و«الهداية» ٣ / ٢٨٥ ، و«الفتاوى الهندية» ٥ / ٢٤ - ٢٥ .

(٤) رواه الترمذي (١٣٤١) ، وقال : حسن صحيح .

والتحالف في البيع ثابتٌ على خلاف القياس، فلا يقاسُ عليه ما ليس في معناه من كل وجه، والكتابة ليس في معناه؛ لأنها مبادلةٌ مالٍ بغير مالٍ.

قال: (ويتصرف كالمأذون ولا يمتنع بمنع المولى).

المكاتبُ كالمأذون في جميع التصرفات فيملك البيع والشراء؛ لأنَّ موجبَ الكتابةِ ثبوتُ حرية اليد، فيستلزم ملك التصرف على وجه يوصله إلى مقصوده، وهو الحرية بأداء البدل، والبيع والشراء من هذا القبيل فيملكهما، ويملك البيع بالمحاباة فإن ذلك من صنيع التجار، فإنَّ التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى، ويمنع من التبرعات^(١) إلا ما جرت به العادة كما عرف في بابه، إلا أنه لا يمتنع بمنع المولى؛ لأنه لو أمتنع بمنعه أدى إلى نقض الكتابة وفسخها من قبل المولى، ولا يملكه المولى؛ لأنَّ عقد الكتابة من جانبه تعليق العتق، وهو تصرف لازم، فلا يملك فسخه والرجوع عنه^(٢). وهاتان من الزوائد.

قال: (ويسافر).

لأنَّ السفرَ من باب التجارة والاكتساب فيتضمنه العقد، ولو شرط المولى أن لا يخرج من البلد فله السفر أيضًا استحسانًا؛ لأنَّ هذا الشرط يخالف مقتضى عقد الكتابة، وهو حرية اليد ونفوذ التصرف فيلغو، ولا يفسد به العقد؛ لأنه (غير قوي)^(٣) ولا متمكن في صلب

(١) في (ب): (التصرفات).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٤، و«المبسوط» ٢١٢/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٧/٣، و«الاختيار» ٢٦٢/٤، و«درر الحكام» ٢٦/٢.

(٣) في (ب): غير مقتض عقد قوي.

العقد، ومثله لا يفسد الكتابة؛ لأنها شبيهة بالبيع من حيث إنها (عقد معاوضة، وبالنكاح من حيث إنها)^(١) مقابلة مال بما ليس بمال، فاعتبرنا الشرط مفسداً إذا كان في صلب العقد، كما إذا شرط خدمة مجهولة؛ لأنها في البدل، واعتبرناه غير مفسد إذا لم يتمكن في صلب العقد اعتباراً بالنكاح إعمالاً للشبهين، أو لأن الكتابة في جانب العبد إعتاق؛ لأنها إسقاط الملك، وهذا الشرط يختص به فكان إعتاقاً في حق هذا الشرط، والإعتاق لا يبطل بالشرط الفاسد^(٢).

قال: (ويزوج الأمة لا العبد).

أما تزويجه الأمة فإن ذلك من باب الأكتساب فإنه موجب للمهر والنفقة، وأما عدم تزويج العبد فإنه ليس من الأكتساب في شيء؛ لأن النفقة والمهر يصيران ديناً في رقبته، وفيه تعيب للعبد وتنقيص له^(٣)، وهذان من الزوائد.

قال: (ولا يتزوج إلا بإذن).

لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك في الرقبة، والتزوج ليس وسيلة إلى الأكتساب فلا يملكه، ويجوز بإذنه؛ لأن الملك له^(٤).

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٥، و«الكتاب» ١٢٨/٣، و«المبسوط» ٢/٨، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٧/٣، و«الاختيار» ٢٦٢/٤، و«درر الحكام» ٢٣/٢، ٢٦.

(٣) «فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٨-٢٨٩/٣، و«الاختيار» ٢٦٢/٤، و«درر الحكام» ٢٦/٢، و«البحر الرائق» ٥٢/٨، ٥٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٤، و«الكتاب» ١٢٨/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٧/٣، و«الاختيار» ٢٦٢/٤، و«درر الحكام» ٢٦/٢.

قال: (ولا يكفل مطلقاً).

لأنَّ الكفالة تبرع محض ، وليس من ضرورات التجارة ومعنى الإطلاق أنه لا يملك الكفالة بالنفس ولا بالمال ؛ لأنَّ كلَّ ذلك تبرع ، وهذا القيْد زائد^(١).

قال: (ولا يعتق على مال).

لأن إسقاط الملك عن رقبته وإثبات المال ديناً في ذمته وهو مفلس ، وربما عجز عن الكسب ، وليس هذا من باب الأكتساب في شيء ، فلا يملكه ولا (يمنع)^(٢) نفسه منه ؛ لأنه في معنى الاعتاق على مال^(٣).

قال: (ويكاتب).

يجوز للمكاتب أن يكاتب عبدة ، والقياس أنه لا يجوز ، وهو قول زفر^(٤) والشافعي^(٥) رحمهما الله ؛ لأن مال الكتابة إلى العتق ، والعبد ليس من أهله ، كالإعتاق على مال. ووجه الاستحسان أن الكتابة عقد أكتساب المال فيملكه ، كتزويج الأمة وكالبيع ، والكتابة أنفع من البيع^(٦) ؛ لأنَّ المكاتب لا يعتق إلا بعد أداء كل البدل ، والبيع يخرج عن ملكه قبل

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩١ ، و«الكتاب» ١٢٨/٣ ، و«المبسوط» ٢١٣/٧ ، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١ ، و«الهداية» ٢٨٨/٣ ، و«درر الحكام» ٢٦/٢ ، و«البحر الرائق» ٥٤/٨.

(٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب) ، و(ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٥-٣٨٦ ، و«الكتاب» ١٣٥/٣ ، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١ ، و«الهداية» ٢٨٩/٣ ، و«درر الحكام» ٢٦/٢ ، و«البحر الرائق» ٥٢/٨.

(٤) «المبسوط» ٢١٣/٧ ، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١ ، و«الهداية» ٢٨٨/٣.

(٥) «المهذب» ١٤/٢ ، و«الوجيز» ٢٩٢/٢ ، و«روضة الطالبين» ٥٢٥/٨.

(٦) في (ب) : (المال).

وصولِ العوضِ، ولهذا فإن الأب والوصي يملك الكتابةً دون البيع، على أن الكتابةً توجبُ للعبدِ مثل (ما هو ثابت)^(١) للمكاتبِ بخلاف الإعتاق على مال؛ لأنه يوجبُ له فوقَ ما هو ثابتُ له^(٢).

قال: (فإن أدى الثاني قبله كان ولاؤه للمولى، وإلا فله).

مكاتب المكاتب إذا أدى بدلَ الكتابةِ فولاؤه للمولى؛ لأنَّ له فيه نوع ملكٍ يصح مع إضافة العتق إليه في الجملة، فإذا تعذرت الإضافةُ إلى المباشر للعقد لعدم أهليته تعينت الإضافةُ إلى المولى؛ لأنه مسبب كالوكيل، ثم إذا أدى الأولُ بعد أداء الثاني وعتق لا ينتقل الولاءُ إليه؛ لأنَّ المولى جعل معتقًا، والولاءُ لا ينتقل عن المعتق، فإن أدى الثاني بعد عتق الأول / ١٨٣ / فولاؤه له؛ لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء له، وهو الأصل فنثبته^(٣).

قال: (ويدخل ولده من أمته في كتابته ويأخذ كسبه).

إذا ولد للمكاتب ولد من أمته تكاتب عليه؛ لأنه لو كان حرًا عتق عليه، فإذا كان مكاتبًا يتكاتب عليه؛ تحقيقًا لصله الرحم بقدر الإمكان، وإذا دخل في كتابته كان كسبه له؛ لأنَّ كسبَ ولده كسبُ كسبه، وكذلك لو ولدت المكاتبَةُ من غيره؛ لأنَّ حقَّ أمتناع البيع ثابت فيها فيسري إلى ولدها

(١) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩١، و«الكتاب» ١٣٥/٣، و«المبسوط» ٢١٣/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٨/٣، و«الاختيار» ٢٦٢/٤، و«درر الحكام» ٢٦/٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩١، و«الكتاب» ١٣٥/٣، و«المبسوط» ٢٢٨/٧، و«الهداية» ٢٨٨-٢٨٩/٣، و«الاختيار» ٢٦٣/٤، و«درر الحكام» ٢٦/٢.

كالتدبير ونحوه^(١).

قال: (وأجزنا إعتاق الولد).

إعتاق ولد المكاتب جائزٌ مطلقاً سواء كان مولوداً في كتابته أو أستولدها المكاتب، وقال زفر^(٢) رَحِمَهُ اللهُ: لا يصح إعتاقه؛ لأنَّ في نفاذه ضرراً بأبيه؛ لأنه كان أحقَّ بأخذ أكسابه، وبعد الحرية يمتنع عليه ذلك.

ولنا^(٣): أنه تبع أبيه، وحكمه كحكمه، ويدل على التبعية أنه ليس عليه شيء من البدل، والأب الذي هو الأصل في الكتابة مملوكٌ له يملك عتقه، فبالأولى أن يملك عتق التبع على أن سعي المكاتب في بذل بدل الكتابة إنما هو لتحصيل الحرية له ولأولاده، فإذا حصل له عتق ولده مجاناً كان راضياً به ظاهراً، على أن أمتناع أخذ أكسابه ليس مقصوداً للمولى، بل يثبت ذلك حكماً للعتق المصادف بملك العتق بحكم الضرورة.

قال: (ولو زوج عبده من أمته ثم كاتبهما فولدت تبع أمه في كتابتها).

إذا زوج المولى عبده من أمته، ثم كاتبهما فولدت منه ولداً دخل في كتابة أمه، ومن ضرورة ذلك كونها أحق بكسبه، إعتباراً للأم وترجيحاً لها في التبعية، كما يرجح في الحرية والرق^(٤).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٢، و«الكتاب» ١٢٨/٣، و«المبسوط» ٢٢٩/٧،

و«الهداية» ٢٩٠/٣، و«الاختيار» ٢٦٣/٤، و«درر الحكام» ٢٧/٢.

(٢) «مختلف الرواية» ١١١٢/٣.

(٣) «المبسوط» ١٢/٨، و«البحر الرائق» ٥٦/٨، و«الفتاوى الهندية» ٩/٥.

(٤) «الكتاب» ١٢٨-١٢٩/٣، و«المبسوط» ١٧٥/٧، و«الهداية» ٢٩٠/٣، و«الاختيار»

٢٦٣/٤، و«درر الحكام» ٢٧/٢.

قال: (فإن ولدت من مولاهما مضت على الكتابة إن شاءت
ولا عجزت نفسها وصارت أم ولد).

إذا ولدت من مولاهما فلها الخيار، إن شاءت مضت على الكتابة، وإن
شاءت عجزت عن نفسها وصارت أم ولد له^(١) لأن لها جهتين في الحرية:
أحدهما: عاجل وهو المتعقب لبدل الكتابة، والآخر: أجل بغير بدل، وهي
أمية الولد، فتختار أي الجهتين شاءت، وولدها ثابت النسب من المولى؛
لأن ملكه ثابت في الأم، وذلك كافٍ في صحة الاستيلاد، وهو حر؛ لأن
المولى يملك إعتاق ولد المكاتب لما مر. وإن عجزت نفسها وصارت أم
ولد فحكمها ما تقدم، وإن أختارت المضي على الكتابة أخذت العقر
من مولاهما؛ لأنها أخص بنفسها وبمنافعها، وإن مات المولى عتقت
بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة، وإن ماتت هي قبله وتركت مالا أدي
من ذلك المال بدل الكتابة ويرث ولدها الباقي؛ لأن حكم الكتابة
(باق)^(٢) وإن لم يترك مالا فلا سعاية على الولد؛ لأنه حر وإن ولدت
ولدا آخر لم يلزمه المولى إلا بدعوته؛ لأن وطأها حرام عليه، فإن لم
يدعه حتى ماتت^(٣) من غير وفاء سعى هذا الولد؛ لأنه مكاتب تبعا
لأمه، ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطلت السعاية عنه؛ لأن حكمه
حكم أم الولد؛ لأنه ولدها فيتبعها^(٤).

(١) ساقط من الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

(٢) من (ب).

(٣) في (ب) و(ج): (مات).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٧، و«الكتاب» ٣/ ١٣٤، و«فتاوى قاضيخان» ١/ ٥٧١،
و«الهداية» ٣/ ٢٩١، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٨.

قال: (وإذا كاتب (أم ولده) ^(١) جاز وسقط البدل بموته).

إذا كاتب المولى أم ولده جازت الكتابة للإمكان والحاجة، أما (الأول فلأنه لا تنافي) ^(١) بين أمية الولد والكتابة؛ لأنهما جهتان في استحقاق الحرية، وأما الثاني فحاجتها إلى تعجيل العتق بأداء بدل (الكتابة) ^(١) قبل موت المولى، فإذا مات المولى عتقت وسقط عنها بدل الكتابة، أما الأول فلأنه حكم الأستيلاد، وأما الثاني فلأن الغرض من البدل أن يعقب أداءه العتق، فإذا تحقق قبل الأداء بطل؛ لعدم ترتب الغرض عليه، وبطلت الكتابة؛ لعدم الفائدة في إبقائها لتجز العتق، ويسلم لها أولادها وأكسابها؛ لأن فسخ الكتابة في حق البدل كان نظراً لها، وفي إبقائها في حق الأولاد والأكساب نظر لها وذلك فيما قلنا ^(٢).

قال: (أو مدبراً جاز، فإن مات ولا مال له) ^(٣) فهو يسعى في

ثلثي قيمته أو كل البدل، ويأمره بالسعاية في الأقل منهما

لا من ثلثيهما).

رجلٌ كاتبٌ مدبراً له فالكتابة جائزة؛ لما مرَّ من حاجته إلى تحصيل العتق بأداء البدل معجلاً، ولا تنافي بين التدبير والكتابة، فإنَّ الثابت هو استحقاق الحرية دون حقيقتها، ثم إذا مات المولى ولا مال له غير المدبر، فهو مخيرٌ عند أبي حنيفة رحمته الله ^(٤) بين أن يسعى في ثلثي قيمته،

(١) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٢) «الكتاب» ١٣٤/٣، و«الهداية» ٢٩٢/٣، و«الاختيار» ٢٦٣/٤-٢٦٤، و«درر

الحكام» ٢٨/٢، و«البحر الرائق» ٥٩/٨.

(٣) من (ج).

(٤) «الكتاب» ١٣٤/٣، و«المبسوط» ١٩٥-١٩٦/٧، و«الهداية» ٢٩٢/٣، و«الاختيار»

وبين أن يسعى في جميع بدل الكتابة.

وقال أبو يوسف رحمته الله^(١): عليه أن يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة.

(وقال محمد رحمته الله^(١): عليه أن يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة)^(٢) فمذهب أبي حنيفة^(١) رحمته الله مبني على تجزيء الإعتاق، فلما أستحق حرية ثلثه بالتدبير السابق كان بدل الكتابة مقابلاً بثلثيه، فتجز عتق ثلثه بالموت، ثم تلقاه جهتان لتحصيل العتق ببذل^(٣) أحدهما معجل بالتدبير وهو السعاية في ثلثي قيمته، والآخر مؤجلاً بأداء بدل الكتابة على نجومه فيتخير في أيهما شاء.

وعندهما^(١) الإعتاق لا يتجزأ، فهو حر وجب عليه أحد الدينين وبطلت الكتابة التي شرط فيها النجوم؛ لعدم الفائدة / ٨٣ ب/ في إبقائها، وكل عاقل يختار أقل الدينين على أكثرهما، إلا أن محمداً رحمته الله^(١) خالف أبا يوسف^(١) في المقدار، فقال: تجب^(٤) السعاية في الأقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة لاكل بدل الكتابة؛ لأن ثلث بدل الكتابة سقط بحرية الثلث بالموت فلم يجب البذل في مقابلته، ألا ترى أنه لو سلم له الكل بأن خرج من ثلث المال يسقط كل بدل الكتابة، فهنا يسقط الثلث، فصار كما لو تأخر التدبير عن الكتابة، والجواب: لهما أن جميع بدل الكتابة مقابل بثلثي القيمة معني، وإن كان مقابلاً بالكل صورة؛ لأن المدبر

٢٦٤ / ٤.

(١) «الكتاب» ٣ / ١٣٤، و«المبسوط» ٧ / ١٩٥-١٩٦، و«الهداية» ٣ / ٢٩٢، و«الاختيار»

٢٦٤ / ٤.

(٢) من (ب، ج). (٣) في (ب): (بديلين). (٤) في (ج): (يجعل).

أستحق عتق ثلثه ظاهراً، والإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق عتقه ظاهراً، فكان ملتزماً لجميع البدل في مقابلة ثلثيه، وصار كما إذا طلقَ امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف، فإنَّ الألف مقابلةٌ بالواحدة (الباقية)^(١) لدلالة الإدراة، فكذا ههنا، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة؛ لأنَّ البدل مقابلٌ بالكلِّ إذ لا أستحقاقٌ عنده في شيءٍ فافترقا.

قال: (أو دبّر مكاتبه جاز ومضى على الكتابة إن شاء، وإلاَّ عجز نفسه وصار مدبراً).

(إذا دبّر المولى مكاتبه جاز التدبير لما بينا، ويثبت له الخيار، إن شاء مضى على كتابته، وإن شاء عجز نفسه وصار مدبراً)^(٢)؛ لأنَّ الكتابة عقدٌ غير لازم في حقِّ العبد، وإن كان لازماً في حقِّ المولى^(٣).

قال: (فإن مات (ولا مال له)^(٤) سواء فهو يسعى)^(٥) في ثلثي قيمته وثلثي البدل، وقالوا: في أقلهما).

إذا دبّر مكاتبه ثم مات ولا مال له سواء، فإن شاء سعى في ثلثي قيمته، وإن شاء سعى في ثلثي بدل الكتابة على نجومه عند أبي حنيفة^(٦) رحمه الله.

(١) في (ج): (الثابتة).

(٢) في (ب): (ولا مال له سواء فإن شاء سعى).

(٣) «الكتاب» ٣/١٣٤-١٣٥، و«المبسوط» ٧/١٩٩، و«الهداية» ٣/٢٩٢-٢٩٣، و«الاختيار» ٤/٢٥٤، و«درر الحكام» ٢/٢٨، و«البحر الرائق» ٨/٦٠.

(٤) غير موجودة في (أ).

(٥) ساقط من (ب).

(٦) «الكتاب» ٣/١٣٥، و«المبسوط» ٧/١٩٩، و«المنظومة» لوحة (٧٤)، و«الهداية» ٣/٢٩٣، و«الاختيار» ٤/٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/٢٨، و«البحر الرائق» ٨/٦٠.

وقالا^(١): يلزمه الأقلُ منهما.

وهذه المسألة من فروع تجزيء الإعتاقِ وعدمه ؛ لأنه حين مات المولى زال ملكه عن ثلثه بالتدبير، وبقي ثلثاه مملوكًا له عند أبي حنيفة رحمته الله^(٢)، كما كان قبل الموت، فقد تصدى له جهتان: السعاية في ثلثي قيمته، وأداء ثلثي بدل الكتابة على نجومه ؛ لأنَّ ثلثه سقط بزوال ملكه عن ثلثه بالتدبير، فسقط ثلث بدل الكتابة، كما يسقط كله لو خرج من الثلث فيختار ما شاء منهما.

وعندهما^(٣): لما كان الإعتاق لا يتجزأ فعُتق بعضه عتق كله، فصار حرًا عليه ما يختاره من المالين، وكلُّ عاقلٍ يختارُ الأقلَّ ضرورةً.

قال: (ولو كاتباه فأعتقه أحدهما فنصيب الآخر باقٍ على الكتابة، ويوجب على المعتق نصفَ قيمته قنًا، وأوجب السعاية في الأقل من نصف قيمته ونصف البدل).

رجلان كاتباه عبداً ثم أعتقه أحدهما عتق نصيبه، ونصيبُ شريكه باقٍ على الكتابة عند أبي حنيفة رحمته الله^(٤) بناءً على تجزيء الإعتاق (عنده).

(١) «الكتاب» ٣/١٣٥، و«المبسوط» ٧/١٩٩، و«المنظومة» لوحة (٧٤)، و«الهداية»

٣/٢٩٣، و«الاختيار» ٤/٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/٢٨، و«البحر الرائق» ٨/٦٠.

(٢) «الكتاب» ٣/١٣٥، و«المبسوط» ٧/١٩٩، و«المنظومة» لوحة (٦٤)، و«الهداية»

٣/٢٩٣، و«الاختيار» ٤/٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/٢٨، و«البحر الرائق» ٨/٦٠.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «المبسوط» ٨/٣٥، و«الهداية» ٣/٢٩٨، و«الاختيار» ٤/٢٤٩-٢٥٠، و«درر

الحكام» ٢/٣١، و«البحر الرائق» ٨/٦٧.

وقال أبو يوسف^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله: عتق كله؛ لعدم تجزيء الإعتاق^(٢) عندهما، إلا أن أبا يوسف^(١) رحمه الله يوجب على المعتق لشريكه نصف قيمته قنًا؛ لأنه يملك نصيب شريكه في ضمن إعتاق الكل فانفسخت الكتابة؛ لتعذر تملك المكاتب، وعند محمد^(١) رحمه الله^(١): يسعى في أقل الدينين اللذين هما نصف قيمته ونصف بدل الكتابة؛ لأنه يملك نصيب شريكه على الوصف الذي كان له وقت التملك، فكان حقه فيه دائرًا بين أمرين أن يؤدي الكتابة فيحصل له نصف بدل الكتابة، وأن يعجز ويرد في الرق فيحصل له ملك النصف، والمعتق يملك هذا النصف بهذه الصفة، فيلزمه بدل ما يملكه، وهو أحد الشيئين، والأقل منهما متيقن فيلزمه الأقل.

قال: (والكتابة تتجزأ).

هذا أصل، وفروعه: إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه في العبد المشترك صحت كتابته في (نصيبه)^(٣) وللشريك فسحها، وقبل الفسخ يكون نصفه مكاتبًا ونصفه ملكًا للشريك، فيقتسمان أكسابه، نصفًا للشريك والنصف الآخر للمكاتب؛ ليؤدي بدل الكتابة إلى مولاه.

وقالا: يصير كله مكاتبًا، ويسلم كسبه له، ويضمن المكاتب نصيب شريكه؛ لأنه يملكه عندهما^(٤)؛ وهذا لأن الكتابة من فروع الإعتاق،

(١) «المبسوط» ٣٥/٨، و«الهداية» ٢٩٨/٣، و«الاختيار» ٢٤٩/٤-٢٥٠، و«درر الحكام» ٣١/٢، و«البحر الرائق» ٦٧/٨.

(٢) ساقط من (ب). (٣) في (ب): (نصفه).

(٤) «المبسوط» ٤٣/٨، و«الهداية» ٢٩٥/٣، و«الاختيار» ٢٦٦/٤-٢٦٧، و«درر الحكام» ٣١/٢، و«البحر الرائق» ٦٦/٨.

فلا تتجزأ عندهما، وتتجزأ عنده^(١).

قال: (ولو أشتري أباه أو ابنه دخل في كتابته).

لأنه من أهل أن يكتب فيجعل مكاتبًا تحقيقًا للصلة بقدر الإمكان،
ألا ترى أنه لو كان من أهل الإعتاق يعتق عليه^(٢)؟!

قال: (أو ذا رحمٍ محرمٍ منه فله بيعه).

المكاتب إذا أشتري أخاه أو عمه أو ابن أخيه لا يتكاتب عليه عند أبي
حنيفة^(٣) رحمته الله ويجوز له بيعه.

وقال^(٣): يتكاتب عليه، ولا يجوز له بيعه اعتبارًا بقرابة الولاد، فإنَّ
وجوب الصلة ينتظمهما، ألا ترى إلى تساويهما في حق الحرية، وأنهما
يعتقان بالشراء.

وله أن المكاتب مالكٌ يدا لا رقبة، وليس له إلا سلامة الأكساب،
فكان الكسب كافيًا في قرابة الولاد؛ لأنه تجب نفقة الوالدين والولد عند
القدرة على الكسب ولا يكفي الكسب في غيرهما؛ فإنه لا تجب نفقة
الأخ إلا على الموسر، فظهر التفاوت؛ ولأنَّ هذه قرابة متوسطة بين بني
الأعمام بقرابة الولاد فالحقناها قرابة الولاد في العتق، وبقرابة بني

(١) «المبسوط» ٤٣/٨، و«الهداية» ٢٩٥/٣، و«الاختيار» ٢٦٦-٢٦٧/٤، و«درر
الحكام» ٣١/٢، و«البحر الرائق» ٦٦/٨.

(٢) «الكتاب» ١٢٩/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٩/٣،
و«الاختيار» ٢٤٥/٤، و«البحر الرائق» ٥٥/٨، و«الفتاوى الهندية» ٩/٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٢، و«الكتاب» ١٢٩/٣، و«المبسوط» ٧١/٧، و«فتاوى
قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٩/٣، و«الاختيار» ٢٤٥/٤، و«البحر الرائق»
٥٥/٨.

الأعمام في التكاثر، وهذا أولى؛ لكون العتق أسرع نفوذًا من الكتابة، ألا ترى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر ولاية الفسخ / ١٨٤ / وإذا أعتق لم يكن له فسخه^(١).

قال: (أو أمّ ولده وهو معها تكاتب عليه وحرم بيعها، وإن لم يكن معها فله بيعها).

إذا اشترى المكاتب أمّ ولده الذي استولدها بالنكاح والولد معها تكاتب ولده عليه، وامتنع بيع أمّه تبعًا له. أما تكاتب الولد فلما تقدم، وأما امتناع بيع الأمّ فلأنها تابعة للولد في هذا الحكم^(٢)، قال عليه السلام: «أعتقها ولدها»، وأمّا إذا اشتراها وليس الولد معها، قال أبو حنيفة رحمته الله^(٣): يجوز له بيعها.

وقال^(٣): لا يجوز؛ لأنها أمّ ولده حقيقةً اعتبارًا بالحرّ، فإنه لا يتفاوت حكمها إذا اشتراها بين ما إذا كان معها ولدها أو لم يكن. وله أنّ القياس جواز بيعها وإن اشتراها مع ولدها منه؛ لأنّ كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يقبل الفسخ، إلّا أنّه لما دخل الولد في كتابته دخلت الأمّ بحكم التبعية في كتابة الولد، فيحرّم بيعها بناءً على تكاتب الولد؛ لأنّ أتصاف الولد الحاصل في ملك اليمين^(٤) بصفة شرعية قائمة بالأب

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٢، و«الكتاب» ١٢٩/٣، و«المبسوط» ٧١/٧، و«فتاوى قاضيه خان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٩/٣، و«الاختيار» ٢٤٥/٤، و«البحر الرائق» ٥٥/٨.

(٢) «الكتاب» ١٢٩/٣، و«الهداية» ٢٩٠/٣، و«الاختيار» ٢٦٤/٤، و«البحر الرائق» ٥٥/٨.

(٣) «الكتاب» ١٢٩/٣، و«الهداية» ٢٩٠/٣، و«البحر الرائق» ٥٥/٨.

(٤) في (ج): (العين).

موجبٌ حرمةَ بيعِ أمِّه على أبيه، وبدون الولدِ لو حرم بيعُها لحرم ابتداءً، والقياسُ ينفيه، ولو اشترى الولدَ أولاً ثم اشتراها بعده، أو اشترى الأمَّ أولاً ثم (اشترى)^(١) الولدَ ثانياً قيل: لا ينبغي أن يحرم بيعُها عنده؛ لأنَّ الحرمةَ إنما تثبت بحكم التبعيةِ للولدِ، فيشترط شراؤهما معاً لتثبت التبعيةُ؛ لأنه إذا اشترى الولدَ أولاً فإنَّ عدمَ الملكِ في الأمِّ يمنع ثبوت حكم التكاثر فيها عند شرائه فيبقي المنعُ بعد شرائها، (ولذلك)^(٢) إذا اشتراها وحدها فإنه يجوز بيعُها؛ لعدم الولدِ الذي يستتبعها في كتابته، فيبقي الجواز بعد شرائه)^(٣).

وقيل -وهو الأصحُّ-: إذا اشتراه أولاً ثم اشتراها حرماً بيعُها عند شرائها، وإذا اشتراها أولاً ثم اشترى الولدَ حرماً بيعُها عند شراء الولد؛ لأنَّ اتصافَ الولدِ بالصفةِ الشرعيةِ القائمةِ بالأبِ توجب حرمةَ بيعها على الأبِ، فإذا اشترى الولدَ أولاً وجد المقتضي لحرمةِ بيعها، والمانعُ قائمٌ، وهو عدمُ الملكِ، فإذا اشتراها زال المانعُ، وإذا اشتراها أولاً فالمقتضي غيرُ موجودٍ، وهو مكاتبُ الولدِ، فإذا اشتراه بعدها فتكاتب عليه وجد المقتضي، والمانعُ مرتفعٌ، فيحرمُ بيعُها. وهذا بخلاف جاريةِ الحرِّ؛ لأنَّ حقيقةَ أميةِ الولدِ لا تثبت لجاريةِ المكاتبِ إذا استولدها في ملكه حتى إذا عجزت كانت قنةً (للمولى)، وتثبت لجاريةِ الحرِّ إذا ولدت منه في ملكه، فثبت لها أميةُ الولدِ حقيقةً بملكه إياها بعدما ولدت منه)^(٣)، فلم يقع التفاوتُ بين ملكها مع الولدِ وعدمه، وههنا كما لا تثبت

(١) من (ب).

(٢) في (ج): (وكذلك).

(٣) ساقطة من (ب).

حقيقة أم الولد لها في ملك المكاتب لا تصير داخله في كتابته حقيقة، وإنما يحرم بيعها تبعاً للولد، فوق التفاوت بين وجود الولد وعدمه^(١).

قال: (وإذا كاتب مسلم على خمر أو خنزير أو قيمة نفسه فسدت).

إذا كاتب المسلم عبده المسلم على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة؛ لأن الخمر والخنزير ليسا بمال في حق المسلم فلا يستحقهما بالعقد، والقيمة مجهولة في قدرها وجنسها ووصفها، والجهالة المتفاحشة لا تتحمل في الكتابة، وصار كالكتابة على ثوب أو دابة؛ ولأن الكتابة على قيمة العبد تنصيص على حكم العقد الفاسد؛ لأن الكتابة الفاسدة توجب القيمة^(٢).

قال: (فإن أدى الخمر حكماً بعتقه ويسعى في قيمته بالغة ما بلغت، ويحكم به لأداء عينها وقيمتها، والعق بأداء العين معلقاً باشتراطه في رواية).

إذا كاتب عبده على خمر فأدى عين الخمر عتق^(٣).
(وقال زفر^(٤) رحمه الله^(٥)): لا يعتق بأداء الخمر، وإنما يعتق بأداء قيمة

(١) «الكتاب» ٣/ ١٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٩٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٥.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٣١، و«المبسوط» ٧/ ٢١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٨٤-٢٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٨.

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٣١، و«المبسوط» ٧/ ٢١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٨.

(٤) «المبسوط» ٧/ ٢١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٥.

(٥) في (ج): (وقالا زفر).

الخمير؛ لأنَّ البدل هو القيمة. وعن أبي يوسف^(١) رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَعْتَق بِأَدَاءِ كُلِّ مِنْهُمَا، أَمَّا الْعَيْنُ فَلأنَّهُ بَدَلٌ صَوْرَةٌ، وَأَمَّا الْقِيَمَةُ فَلأنَّهَا بَدَلٌ مَعْنَى.

وعن أبي حنيفة^(٢) رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الْعَتَقَ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ مَوْقُوفٌ عَلَى أَشْرَاطِ الْأَدَاءِ، فَإِذَا قَالَ: إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ الْخَمْرَ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنَّ الْعَتَقَ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِالْشَرْطِ لَا بِالْعَقْدِ، وَصَارَ كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْمَيْتَةِ أَوِ الدَّمِّ، وَلَا فَصْلَ بَيْنَ الْخَمْرِ وَبَيْنَهُمَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَفَصْلٌ فِي رِوَايَةٍ، وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَيْهَا: أَنَّ الْمَيْتَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ أَصْلًا، فَلَا يُمْكِنُ أَعْتَابُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهَا، فَاعْتَبِرَ فِيهَا مَعْنَى الشَّرْطِ بِالتَّنْصِيفِ عَلَى الْأَدَاءِ، وَأَمَّا الْخَمْرُ وَالْخَنْزِيرُ فَإِنَّهُمَا مَالٌ فِي الْجُمْلَةِ، فَأُمْكِنُ أَعْتَابُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِمَا، وَمَوْجِبُ الْعَقْدِ هُوَ الْعَتَقُ عِنْدَ أَدَاءِ الْبَدْلِ الْمَشْرُوطِ. وَتَعْرِيفُ هَذَيْنِ الْمَذْهَبَيْنِ وَمَذْهَبُ زُفَرٍ^(١) رَحِمَهُ اللهُ مِنَ الزَّوَائِدِ. وَإِذَا عَتَقَ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ لَزِمَهُ السَّعَايَةُ فِي قِيَمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَجِبَ عَلَيْهِ رَدُّ نَفْسِهِ إِلَى الْمَوْلَى قَنًا؛ بِفَسَادِ الْعَقْدِ، وَقَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِالْعَتَقِ فَوَجِبَ رَدُّ الْقِيَمَةِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ عِنْدَ تَلْفِ الْمُبِيعِ، وَلَا يَنْقُصُ مِنَ الْمَسْمُومِ وَيَزَادُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ هُوَ الْقِيَمَةُ عِنْدَ هَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَوْلَى لَمْ يَرْضَ بِالنَّقْصَانِ / ٨٤ب / وَالْعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ مَخَافَةَ بَطْلَانِ حَقِّهِ فِي الْعَتَقِ، فَتَجِبَ الْقِيَمَةُ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ.

قال: (وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ قِيَمَةِ نَفْسِهِ).

إذا كاتبه على أداء قيمة نفسه، فالكاتب فاسدٌ على ما تقدّم، وإذا أدى

(١) «المبسوط» ٢١٤/٧، و«الهداية» ٢٨٥/٣، و«الاختيار» ٢٦٥/٤.

(٢) «المبسوط» ٢١٤/٧، و«الهداية» ٢٨٥/٣، و«الاختيار» ٢٦٥/٤، و«درر الحكام»

القيمة عتق؛ لأنها هي البدل، وقد أمكن اعتبار معنى العقد فيه، والجهالة أثرها في الفساد؛ بخلاف ما إذا كاتب على ثوبٍ حيث لا يعتق بأداء الثوب؛ لأنه لا يطلع على مراد العاقد؛ لتفاوت الأجناس، فلا يثبت العتق بدون إرادته^(١).

قال: (والكتابة على عينٍ في يد العبد جائزة في رواية ويمنعها في أخرى).

رجلٌ كاتبٌ عبده على عينٍ في يد العبد من كسبه جازت الكتابة، في رواية عن أبي حنيفة^(٢)، وفي رواية عن أبي يوسف عنه^(٣) رحمهما الله أنها لا تجوز، وعن أبي يوسف^(٢) أنه أجازها، وفي رواية: أنه يمنع جوازها -وهو قول زفر^(٤) - رضي الله عنه - فعن كل من الإمامين^(٣) روايتان، ولا رواية عن محمد^(٣) رضي الله عنه، وجه الجواز: أنها كتابة على بدلٍ معلوم مقدور التسليم فصلح^(٥) بدلاً كالدين، وكما في البيع والنكاح والإجارة. وجه عدم الجواز: أن الكتابة شرعت ليكون العبد مختصاً بأكسابه بحكم العقد فتناول^(٦) حرية اليد في الحال وحرية الرقبة بأداء البدل من كسبه، ولو جازت هذه الكتابة لكان الأداء من مال المولى؛ لأن كسب العبد حين العقد ملك المولى فلم يستفد العبد بهذه التسمية شيئاً، وكان

(١) «الكتاب» ١٣١/٣، و«المبسوط» ٢١٤/٧، ٢١٤/٨، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٩/٣، و«الاختيار» ٢٦٤/٤، و«درر الحكام» ٢٣/٢، و«البحر الرائق» ٤٨/٨.

(٢) «الهداية» ٢٨٥/٣، و«درر الحكام» ٢٣/٢، و«البحر الرائق» ٤٨/٨، و«الفتاوى الهندية» ٤/٥.

(٣) «الهداية» ٢٨٥-٢٨٦/٣.

(٤) «البحر الرائق» ٤٨/٨.

(٥) في (ب): (فصح).

(٦) في (ب، ج): (لينال).

وجودها كعدمها، والكتابة بغير تسمية باطلة^(١).

فرع: فلو كاتبه على عين في يد غيره، فالكتابة فاسدة في رواية؛ لعدم القدرة على تسليم تلك العين، والمراد: شيء يتعين بالتعيين، حتى لو كاتبه على ألف درهم معينة وهي لغيره جازت الكتابة؛ لأن الدراهم في العقود لا تتعين (بالتعيين)^(٢) فتعلق العقد بدراهم دين في الذمة فصح العقد، وعن أبي حنيفة رحمته الله^(٣) في رواية الحسن أن الكتابة جائزة، حتى إذا ملك تلك العين وسلمها إلى المولى عتق، وإن عجز عن ملكها وتسليمها رد في الرق؛ لأن المسمى في العقد مال، والقدرة على التسليم موهوم فأشبهه الصداق، ووجه الفرق على الرواية الأولى: أن العين في المعاوضات معقود عليه، والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط (صحة العقد إذا كان قابلاً للفسخ كالبيع، وأما الصداق فالقدرة على تسليم ما هو المعقود عليه في باب النكاح ليس بشرط)^(٤) صحته، والصداق تابع (فلأن لا)^(٥) يكون القدرة عليه شرطاً أولى^(٦).

فرع: فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمته الله^(٧) جواز الكتابة اعتباراً بالبيع فإنه يجوز عند الإجارة فالكتابة أولى، وعن أبي حنيفة

(١) «الهداية» ٢٨٥/٣، و«درر الحكام» ٢٣/٢، و«البحر الرائق» ٤٨/٨، و«الفتاوى الهندية» ٤/٥.

(٢) من (ب).

(٣) «الهداية» ٢٨٥/٣، و«البحر الرائق» ٤٨/٨.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في الأصل (فلا)، والمثبت من (ب) و(ج).

(٦) «فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٥/٣، و«درر الحكام» ٢٣/٢، و«البحر الرائق» ٤٨/٨.

(٧) «الهداية» ٢٨٦/٣.

رحمه^(١) الله أنه لا يجوز؛ لأنَّ الإجارة تلتحق بوقت العقد فتصير العين ككسب العبد من حين العقد، وكسبه وقت العقد ملك المولى، فكانت الكتابة على مال المولى لا على مال مكتسب للعبد بعد العقد فلا يجوز، وعن أبي يوسف رحمته الله^(١) أنَّ الكتابة جائزة، أجاز صاحب العين أولم يجر؛ لكنه إن أجاز وجب تسليم العين، وعند عدم الإجارة يجب تسليم القيمة كما في النكاح، والجامع صحة التسمية باعتبار أنه مال.

فرع: ولو ملك العبد تلك العين، فعن أبي حنيفة رحمته الله أنه إذا أداه لا يعتق، وعلى هذه الرواية لا يكون العقد صحيحاً إلا أن يقول: إن أديت إلى فأنث حر، فيكون العتق حكم الشرط، وعن أبي يوسف رحمته الله أنه يعتق مطلقاً، شرط العتق عند الأداء أو لم يشترط؛ لأنَّ العقد ينعقد مع فسادِه؛ لأنَّ المسمى مالٌ فيعتق بأداء المشروط^(١).

قال: (أو على ألف على أن يرد المولى عليه عبداً بغير عينه

يجيزها).

رجلٌ كاتب عبده على ألف درهم على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه، أو أستثنى العبد فسدت الكتابة عند أبي حنيفة^(٢) ومحمد^(٢)، وقال أبو يوسف^(٢) رحمهم الله: هي جائزة، وتقسم الألف على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط، فما أصاب العبد سقط، وما أصاب قيمة العبد وجب، ويكون مكاتباً بما يبقی؛ لأنَّ العبد صالح لأن يكون بدلاً فيصح استثنائه من البدل؛ لأنَّ الجهالة المتطرفة إلى الباقي بعد الشئ ناشئة من جهالة المستثنى، وجهالة العبد غير مانعة من صحة الكتابة، فلا تكون الجهالة

(١) «الهداية» ٣/٢٨٦.

(٢) «الهداية» ٣/٢٨٦، و«الاختيار» ٤/٢٦٤-٢٦٥، و«درر الحكام» ٢/٢٣-٢٤.

في الباقي مانعة، ولهما أنَّ استثناء العبد من الألف غير صحيح؛ لعدم المجانسة، وإنما المستثنى هو قيمته، والقيمة لا تصلح بدلًا فلم يصحَّ استثناءها من البذل؛ ولأنَّ هذه كتابة بالحصّة كأنه قال: كاتبك على حصتك من الألف إذا قسمت على قيمتك وقيمة عبد وسط، وأنه لا يجوز لتفاحش الجهالة.

قال: (أو على حيوان غير موصوفٍ جازت).

يريد به إذا ذكر الجنس وأهمل النوع والوصف. وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة، وقد مرَّ في (باب) ^(١) النكاح ^(٢).

أمّا إذا لم يذكر جنسًا بأن قال: دابة، لا يجوز؛ لاشتماله على أجناسٍ متفاوتة فتفاحش الجهالة، وإذا بيّن الجنس كالعبد فالجهالة يسيرة، فتحتمل في الكتابة، والقياس أن لا يجوز ^(٣) - وهو قول الشافعي ^(٤) - لأنَّه معاوضة فأشبه البيع، ووجه الاستحسان أنه معاوضة مالٍ بغير مالٍ، أو بمالٍ إلّا أنه يسقط به الملك فأشبه النكاح، والجامع أنهما يبتنيان على المسامحة فيهما، بخلاف البيع.

(١) من (ب).

(٢) «الكتاب» ١٣٢/٣، و«المبسوط» ٢١٥/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الهداية» ٢٨٦/٣، و«الاختيار» ٢٦٥/٤، و«درر الحكाम» ٢٥/٢.

(٣) «الكتاب» ١٣٢/٣، و«الهداية» ٢٨٧/٣، و«درر الحكाम» ٣٠٤/٢، و«الفتاوى الهندية» ١٧/٥.

(٤) «الأم» ٤٣-٤٤/٨، و«المهذب» ١٢/٢.

قال : (وكتابة المرتد تبطل بقتله / ١٨٥ / مرتدًا ، ونجيزها كتصرف

الصحة لمرض الموت).

قال أبو حنيفة رحمته الله ^(١) : المرتد إذا كاتب عبده ثم قُتل على الردة بطلت الكتابة ؛ لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، فإذا قتل مرتدًا كان كأنه مات من حين الردة ، ولا تصرف للميت.

وقال أبو يوسف ^(٢) : تجوز كتابته ؛ لأن تصرفات المرتد عنده نافذة كتصرفات الأصحاء ؛ لأن عقده بعد الردة معتبر عندهما ، ولهذا كان كسبه زمان الردة ميراثًا لورثته المسلمين عندهما.

وقال محمد رحمته الله ^(٢) : (تنفذ تصرفاته كتصرفات) ^(٣) المريض مرض الموت نظرًا إلى انعقاد سبب الهلاك في حقه وهو الردة.

قال : (ولو كاتبه الأبْنُ بين ردّة أبيه وقتله أبطلناها).

إذا ارتد عن الإسلام ، وله عبد فكاتبه ابنه بعد ردّة أبيه ، ثم قتل أبوه على الردة لا ينفذ عقده عندنا ^(٤).

وقال زفر ^(٢) رحمته الله : ينفذ ؛ لأنه إذا قتل المرتد يصير الأبْن وارثًا له من آخر أوقات الإسلام ، فيكون مكاتبًا عبد نفسه فينفذ. ولنا أنه حالة الكتابة لم يكن في ملكه ، فلا ينفذ عقده عليه بملكٍ حادثٍ بعده ، كما لو باع عبد غيره ثم اشتراه.

(١) «المبسوط» ٢٣٤ / ٧ ، و«الهداية» ٤٦٣ / ٢ ، و«الاختيار» ٣٩٦ / ٤.

(٢) «المبسوط» ٢٣٤ / ٧.

(٣) في (ب) ينفذ تصرفه كتصرف.

(٤) «المبسوط» ٢٣٤ / ٧ ، و«الهداية» ٤٦٢ / ٢ ، و«الفتاوى الهندية» ١٨ / ٥.

قال: (ولو كاتبهما معًا بألفٍ إن أدّيا عتقا، وإن عجزا ردّا
حكمنا بعنقهما لأداء الكلّ لا يعتق أحدهما بأداء
نصيبه).

رجلٌ كاتب عبديه كتابةً واحدةً بألف درهم على أنهما إن أدّيا الألف
عتقا وإن عجزا ردّا في الرّق جازت الكتابة، ولا يعتق واحدٌ منهما
إلا بأداء الكلّ^(١).

وقال زفر رحمته الله^(٢): إذا أدى أحدهما نصيبه عُتِقَ؛ لأنّ كلّاً من العبدین
لم يلتزم إلا بقبول حصّة نفسه من البدل، ولم يلتزم بحصّة صاحبه
من غير شرط، وصار كما لو كاتبهما على ألفٍ كتابةً واحدةً ولم يزد
على ذلك.

ولنا: أنّ المولى علّق عتقهما بأدائهما حيث قال: إن أدّيا عتقا، وإن
عجزا ردّا في الرّق، فلا يعتق أحدهما بدون ذلك؛ (لاستلزامه)^(٣) خروج
أحدهما عن ملكه بدون رضاه وأنّه منتفٍ وصار كما لو قال: إن دخلتما هذه
الدار فأنتما حرّان، لم يعتق أحدهما بالدخول وحده، بخلاف ما أستشهد
به؛ لأنّ كلّاً منهما لم يلتزمه بقبوله العقد إلا ما يخصّه من البدل، وكذلك
المولى لم يشترط على كلّ واحدٍ منهما إلا حصته من (الألف حيث أوجب
العقد لهما ببدلٍ واحدٍ فيكون شارطاً على كلّ منهما حصته من)^(٤) البدل،

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٠، و«المنظومة» لوحة (١٠٦)، و«الكتاب» ١٣٢/٣،

و«المبسوط» ١٣/٨-١٤، و«الاختيار» ٢٢٦/٤، و«الفتاوى الهندية» ٢٤/٥.

(٢) «المبسوط» ٢١٠/٧، ١٤/٨.

(٣) في (ب): (لالتزامها).

(٤) ساقط من (ب).

فإذا أدى أحدهما نصيبه عتق أمّا ما نحن فيه فقد علق عتقهما بأدائهما فافترقا.

قال: (أو على أن كلّ ضامن عتقا بأداء أحدهما ورجع على صاحبه بنصيبه).

إذا كاتب الرجل عبده كتابةً واحدةً على أن كلّ واحدٍ منهما ضامنٌ عن الآخر جاز ذلك أستحساناً، ويجعل كلّ (واحدٍ)^(١) منهما أصلاً في وجوب الألف عليه، ويكون عتقهما معلقاً بأدائه، ويجعل كفيلاً بالألف في حقّ صاحبه تصحيحاً (لتصرفهم لحاجتهم)^(٢) إلى الخروج عن الرّق، وإذا كان كذلك فأيهما أدى عتق؛ لوجود الشرط ويرجع على شريكه بنصف ما أدى؛ لأنّه قد قضى ديناً عليه بأمره فيرجع تحقيقاً للمساواة بينهما^(٣).

قال: (أو على ألف وخدمته أبداً فسدت، فإن أدّاها وهي أكثر من قيمته حكماً بعتقه من غير استرداد الفضل).

رجلٌ كاتب عبده على ألف على أن يخدمه أبداً فالكتابة فاسدة؛ لأنّ هذا الشرط مخالفٌ لمقتضى الشرع؛ لأنّ مقتضى العقد أن يصير المكاتب أحقّ بمكاسبه ونفسه، وشرط (الخدمة)^(٤) أبداً ينافيه، فلو أدى الألف عتق بغير خلاف، فإن كانت قيمته أكثر من الألف دفع إلى المولى ما يفضل به

(١) من (ب)، (ج).

(٢) في (ب): (لتصرفهما لحاجتهما).

(٣) «الكتاب» ١٣٢/٣، و«المبسوط» ٢١٠/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١/١، و«الاختيار» ٢٢٦/٤، و«درر الحكام» ٢٩/٢.

(٤) في (ج): (الحرية).

قيمتُه على الألف؛ لأنَّه لما عتق فقد سلمت له نفسه بحكم عقدٍ فاسدٍ فيضمن القيمة تامةً كما في البيعِ الفاسدِ، وقد أدى منها ألفاً فيجب إتمامُها، وإن ساوت قيمته الألف فقد خرج عن العهدة، وإن كانت الألف أكثر من قيمته فلا يسترد العبد من المولى شيئاً^(١).

وقال زفر رحمته الله^(٢): يسترد منه الفضل كما في البيعِ الفاسدِ، فإن العقد الفاسد لا يجب به الزائد على القيمة فيترك في يد المولى من الألف قدر قيمته؛ لوجوبه عليه، ويسترد الباقي لعدم الوجوب.

ولنا^(٣): أنَّ العبدَ رضي بسلامة الألف للمولى عوضاً عن سلامة نفسه له، والمولى لم يرض بعتقه إلا بسلامة الألف كاملةً، فوجب أن لا يسترد الفضل من قيمته دفعاً للضرر عن المولى، على أنَّ المعتبر في البيعِ الفاسدِ إنما هو القبض، وأنه لا يوجب الزائد على القيمة، (فكان للمشتري)^(٣) أن يسترد الزائد على قيمة المبيع من الثمن، والمعتبر ههنا العقد والشرط جميعاً، فالعقد وإن اقتضى الاسترداد فالشرط لا يقتضيه؛ لترتب المشروط عليه وهو العتق، فلا يثبت حقُّ الاسترداد بالشك.

(١) «الكتاب» ١٣٢/٣، و«المبسوط» ٢١١/٧-٢١٢، و«درر الحكام» ٢٥/٢، و«البحر الرائق» ٤٦/٨.

(٢) «المبسوط» ٢١٢/٧.

(٣) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

قال: (وإذا عجز عن نجمٍ فإن كان له دين يقبضه أو مال تقدّم
أنظره الحاكم يومين أو ثلاثةً وإلا عجزه بطلب مولاه
ورده في الرق، ويأخذ المولى أكسابه ويأمر بتأخير
نجمين).

المكاتب إذا عجز عن أداء نجم ينظر الحاكم في حاله، فإن كان له مالٌ
يرجو وصوله أنظره يومين أو ثلاثةً ولا يزداد على ذلك؛ لأنها المدة
المضروبة لإبلاء العذر وفي إمهال المديون للقضاء ونحوه، وفي إنظاره
نظر من جانب المكاتب والمولى وإن لم يكن له / ٨٥ب / جهة وطلب
المولى تعجيزه عجزه الحاكم وعاد إلى أحكام الرق^(١).

وقال أبو يوسف رحمته الله^(١): لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان؛ لقول
علي رضي الله عنه^(٢): إذا توالى على المكاتب نجمان يرد إلى الرق، وهذا
تعليق للرد بتوالي نجمين فينعدم عند عدمه، ولأن الكتابة عقد إرقاق
فيتحمل فيه ذلك.

ولهما: أن بحلول نجم صار كالكتابة على مالٍ حالٍ في حق هذا
النجم، وفي الحال لا ينتظر أكثر من ثلاثة أيام، فكذا ما هو في معناه؛
ولأن العجز سبب الفسخ، وقد وجد، فإن العاجز عن نجم أعجز عن
نجمين، واليومان والثلاثة ليس بتأخير بل هي ضرورة لإمكان الأداء
فيها، والأثر معارض بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن مكاتبه له عجزت

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٨٦، و«الكتاب» ٣/ ١٣٠، و«فتاوى قاضيخان» ١/ ٥٧١،
و«الهداية» ٣/ ٢٩٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٨، و«درر الحكام» ٢/ ٣١، و«البحر
الرائق» ٨/ ٦٨.

(٢) «خلاصة البد المنير» ٢/ ٤٦٣.

عن نجم فردّها إلى الرقّ، فتعارض الأثران، والتمسكُ بأثر ابن عمر رضي الله عنهما أولى؛ لأنّ الأول ليس فيه ما يدلُّ على أنه لا يردُّ في الرقّ عند الأداء عن نجم واحد، وفيما روينا دلالةً عليه بحرفِ الفاء الدالّ على التعقيب.

فرع: وإن عجز عن نجم (واحد)^(١) عند غير القاضي فردّه لمولاه برضاه جاز الفسخ؛ لأنّ الفسخ يجوز بالتراضي من غير عذرٍ فبعذر أولى، وإن أبى العبدُ ذلك فلا بدّ من القضاء بالفسخ؛ لأنه عقدٌ لازمٌ فلا بدّ في فسخه من الرضا أو القضاء كسائر العقود، وإذا عاد في الرقّ عادت الأكساب لمولاه (لأنّ بالفسخ يعودُ كأن لم تكن الكتابة)^(٢) وما في يده لمولاه؛ لأنها كسبُ عبده^(٣).

قال: (وإن مات عن مال قضى^(٤) كتابته منه وحكم بعته في

آخر حياته ولا يبطلها).

المكاتبُ إذا مات وله مالٌ لم تنسخ الكتابة، بل يقضى ما عليه من ماله ويحكم بعته في آخر جزءٍ من أجزاء حياته، وما يفضل من ذلك يقتسم ورثته ويعتق^(٥) أولاده.

وقال الشافعي^(٦) رضي الله عنه: يموتُ عبداً وما تركه لمولاه وتبطل الكتابة. والمسألة مختلفة في الصدر الأول فإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه وإمامنا عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما.

(١) من (ب).

(٢) في (ج): (لأن الفسخ لغوٌ فكأن لم تكن).

(٣) «الكتاب» ١٣٠/٣، و«الهداية» ٢٩٩/٣، و«الاختيار» ٢٦٨/٤، و«درر الحكام»

٣١/٢، و«البحر الرائق» ٦٨/٨-٦٩.

(٤) في (ب): (فقبضت)، وفي (ج): (قضيت).

(٥) في (ب): (ولا يعتق). (٦) «الأم» ٥٣/٨، و«الوجيز» ٢٩٠/٢.

وله أنَّ المقصودَ من الكتابةِ العتقُ وقد فات، فيفوت العقدُ لفواتِ مقصوده؛ وهذا لأنه إما أن يعتق بعد الموتِ قصداً أو قبله أو بعد الموتِ ثم يستند، والأولُ باطلٌ لبطلانِ المحلية، والثاني لفقدِ الشرطِ وهو الأداء، والثالث لأنَّ الاستنادَ يعتمدُ الثبوتَ في الحالِ وقد تعذر.

ولنا: أنَّ الكتابةَ عقدٌ معاوضةٌ فلا يبطل بموتِ المكاتبِ كما لا يبطل بموتِ المولى تسويةً بينهما، والجامعُ الحاجةُ إلى إبقاءِ هذا العقدِ إحياءً للحقِّ، وبطل أولي؛ لأنَّ حقَّه (أكد)^(١) من حقِّ المولى؛ لأنه لا يتمكنُ من فسخه بدون رضا العبد، ولأنَّ البدلَ كان في ذمته، ودمته غير صالحةٍ لبقاءِ الدين بالموتِ، ألا ترى أن الأجلَ يحل به فينتقلُ إلى التركةِ كسائرِ الديونِ فخلت الذمةُ، وخلو الذمةِ يوجبُ العتقَ، إلا أنه لا يحكم به مالم يصلُ البدلُ به إلى المولى؛ رعايةً لحقه، ولتحققِ خلو الذمة؛ لاحتمالِ هلاكِ التركةِ قبلَ الأداءِ، فعند الوصولِ حكم بحريته في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياته بإستنادِ سببِ الأداءِ إلى ما قبل الموتِ ويقام أداءُ خلفه مقامَ أدائه ويعتق أولاده تبعاً له، وإذا فضل شيء كان لورثته؛ لأنه جزأهم أحزاباً.

قال: (أو عن مولودٍ في الكتابةِ سعى كالأبِ والولدُ المشتريُّ يؤدي حالاً وإلا يرد، وجعله كالأول).

المكاتبُ إذا مات عن غيرِ مالٍ وخلفَ ولداً مولوداً له في كتابتهِ سعى الولدُ كالأب -يعني: على نجومه- فإذا أدى الكتابةَ حكمَ بعق أبيه في آخرِ

(١) في (ج): (أكثر).

جزء من أجزاء حياته وعتق الولد، وإن كان الولد مشترى فإما أن يؤدي البدل حالاً، وإلا يرد في الرق عند أبي حنيفة رحمته الله ^(١).

وقال ^(١): هو كالمولود في الكتابة.

أما الأول فلأن الولد داخل في كتابة أبيه، وكسبه ككسبه فيخلف أباه في الأداء، وصار كما إذا مات عن وفاء.

ولهما: في الثاني أنه يكاتب عليه تبعاً حتى يملك المولى إعتاقه فيبقى عقد الكتابة ببقائه كالمولود في الكتابة، وله وهو الفرق أن الأجل إنما يثبت بالعقد فلا يثبت في حق من لم يتناوله العقد لا مقصوداً ولا متصلاً به حكم العقد بالسراية، والولد المشتري ليس بمحل للعقد؛ لأنه لم يرد عليه فلا يبقى ببقائه لفوات محله، بخلاف الولد المولود في الكتابة لأن حكم العقد سرى إليه حالة الاتصال فصار معقوداً عليه، فقام مقام أبيه بعد موته فبقي العقد ببقائه، والولد المشتري يكاتب عليه بحكم التبعية، فإذا ^(٢) فات العقد بفوات المتبوع فات في حق التبع أيضاً لكنه إذا (أدى في الحال) ^(٣) فقد ظهر أن أباه مات عن وفاء، وأن الكتابة باقية وأنه مات حراً، وحكم الأب المشتري حكمه.

قال: (ولو كاتبها بشرط الخيار فولدت في المدة وهلك

فأجاز أبطلها، وقال: يسعى الولد كأمه).

رجل كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت ولداً في مدة الخيار

(١) «الكتاب» ١٣١/٣، و«الهداية» ٣٠٠/٣، و«الاختيار» ٢٦٧/٤، و«درر الحكام»

٢٧/٢، و«البحر الرائق» ٧٠/٨.

(٢) بعدها في (ب): مات.

(٣) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

وهلكت الأم وبقي الولد بطلت الكتابة عند محمد ﷺ^(١) ولم تصح إجازة المولى. وقال أبو حنيفة^(١) وأبو يوسف^(١) رحمهما الله: لم تبطل الكتابة وله الإجازة، فإذا أجاز يسعى الولد في الكتابة على نجوم أمه، فإذا أدى البدل عتق / ١٨٦ / وحكم بعق أمه في آخر جزء من أجزاء حياتها، وهذا أستحسان. ولمحمد ﷺ (هو)^(٢) القياس، وهو أن المعقود عليه قد هلك فيبطل العقد كما لو باع أمة على أن البائع بالخيار ثلاثاً فولدت في المدة وهلكت؛ وهذا لأن الأمة لم تصر مكاتبة بعد، فلم يحدث الولد على الكتابة ليبقى العقد بقاءه، ولهما أن عقد الكتابة أنعقد على وجه ينفذ بالإجازة في المدة على جميع أجزائها، وهذا الولد متصل بها زمان الأنعقاد قابل لحكم الكتابة؛ لأنه قابل لنفس الحرية فيتناوله العقد على الصفة التي أنعقد عليها وهو ترتب النفاذ على الإجازة في مدة الخيار، وهذا العقد ورد على الولد بالأصالة كما ورد على الأم لقبول حكمه، فثبت فيه هذا النوع في حق الحرية اعتباراً بحقيقتها (ويبقى العبد)^(٣) بقاءه فترتب النفاذ على الإجازة، بخلاف ولد المبيعة بشرط الخيار؛ لأن البيع لم يرد على الولد؛ لعدم قبول الولد بحكمه، وإنما يثبت فيه ما يثبت في الحكم تبعاً لها، ولم يثبت حكم البيع في الأصل فلا يسري إلى التبع^(٤).

(١) «المنظومة» لوحة (٧٤)، و«الفروق» للكرائسي ٢٦٢ / ١، و«المبسوط» ٧٢-٧٣،

و«البحر الرائق» ٧٠ / ٨، و«الفتاوى الهندية» ٢١ / ٥.

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): (ويبقى العقد)، وفي (ج): (يسعى).

(٤) «المبسوط» ٧٢-٧٣، و«فتاوى قاضيخان» ٥٧١ / ١، و«البحر الرائق» ٧٠ / ٨،

و«الفتاوى الهندية» ٢١ / ٥.

قال: (ولو لحق بدار الحرب مرتدًا وترك مالا منعنا الحكم بموته، ثم إن عاد مسلمًا أخذه، وإن مات أدى عنه).

المكاتبُ إذا ارتد -والعياذ بالله- ولحق بدار الحرب وترك مالا في الإسلام فالأمرُ موقوفٌ، حتى لو عاد مسلمًا يسلم إليه ماله ويكون كما كان قبل الردة، وإن مات أدى عنه بدل الكتابة من ماله وقسم الباقي بين ورثته^(١).

وقال زفر رحمته الله^(٢): لحاقه كموته فيحكم به ويؤدي بدل الكتابة منه ويقسم الباقي بين ورثته اعتبارًا بالحر، فإنه إذا لحق مرتدًا يحكم بموته حتى يعتق مدبروه، وأمهاث أولاده، ويحل ما عليه من الديون المؤجلة، ويقسم ماله بين ورثته. ولنا -وهو الفرق- أن اللحق باعتبار ذاته ليس بموت وإنما جعل موتًا حكمًا باعتبار صيرورة المرتد حربيًا، وأهل الحرب في حق المسلمين كالموتى، وهذا المعنى لا يوجد في المكاتب لقيام حق المولى في رقبته، وقيام ملكه في رقبته يمنع من جعله حربيًا حكمًا، بل هو كالمرتد في دار الإسلام، ولهذا قال: المكاتب إذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم اكتسب أموالًا ثم أخذ أسيرًا وأبى أن يسلم فقتل وأدى من أكسابه مكاتبته أقسم ورثته ما يبقى من أكسابه عند أبي حنيفة رحمته الله^(٣)، وإن كان الحر لا يرث المرتد ما اكتسبه حال رده لما أن في كسب المكاتب حقًا للمولى باعتبار أنه له عند عجزه، والمولى مسلم فقيام حقه صار مانعًا من جعل ما اكتسبه حال الردة فيثًا، فصار ما اكتسبه حال الإسلام والردة سواء.

(١) «الهداية» ٤٦٣/٢، و«المبسوط» ٢٣٤-٢٣٥/٧، و«الفتاوى الهندية» ٦/٥، ١٨.

(٢) «المبسوط» ٢٣٥/٧.

(٣) «الهداية» ٤٦٣/٢.

قال: (ولو قتل خطأ فصالح على مالٍ أو أقرَّ به فقضي عليه بالقيمة ثم عجز فردَّ أو أقرَّ به عمدًا ثم صالح، فهو مطالب به بعد العتق، وقالوا مطلقًا).

المكاتبُ إذا قتل رجلًا خطأ فصالح أولياء القتل على مالٍ أو أقرَّ بأنه قتله خطأ، فقضى القاضي عليه بقيمته، ثم عجز عن أداء بدل الكتابة ورد في الرق قبل أداء ما قضى عليه به، أو أقرَّ بأنه قتل عمدًا ثم صالح الأولياء على مالٍ.

قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): لا يؤخذ بذلك إلا بعد الحرية لا في الحال. وقالوا^(١): يؤخذ به مطلقًا في الحال وبعد الحرية؛ لأنَّ الصلح صحيحٌ بدليل صحة أداء بدل الصلح منه قبل أداء بدل الكتابة وبعده، فإذا لم يؤد حتى عجز ورد في الرق وقد استقرَّ بدل الصلح دينًا عليه لا يبطل كدين ظهر بالإقرار قبل العجز أو ثبت بالشراء أو الاستهلاك، وله أنَّ بدل الصلح ليس بتجارة ولا كسب؛ لأنه مقابلة مالٍ بما ليس بمالٍ، فلم يكن نافذًا في حق المولى، وإنما يطالب^(٢) به قبل العجز؛ لأنه يؤديه من كسبه من غير ضرر يلحق المولى، وكذا إقراره بالخطأ، وقضاء القاضي عليه بالقيمة غير لازم للمولى؛ لأنه ليس من باب التجارة والكسب فصار كعبدٍ محجورٍ قتل عمدًا، وللقتل وليان فإنه يقتل به فإن عفا أحدهما أنقلب نصيب الآخر مالا (يؤخذ)^(٣) به العبد بعد العتق، والعبد روح ومال، والقصاصُ يتعلق به باعتبار أنه روح فصح، وأما باعتبار أنه

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٦-٢٥٧، و«الكتاب» ٣/١٦٥، و«المبسوط» ٧/٢٢٣.

(٢) في (ب): (يطالبه).

(٣) في (ب): (لا يؤخذ).

مالُ المولى فلا يصح في الحال إقراره به ولا صلحه دفعًا للضرر عنه،
وصار كما لو عجز بعد الإقرار قبل القضاء بالقيمة.

قال: (ولو جنى خطأ ثم عجز قبل القضاء خيرنا مولاه بين
الدفع والفداء ومنعنا مطالبة العبد في الحال).

المكاتبُ إذا جنى جنايةً خطأ ثم عجز فردَّ في الرق قبل أن يقضي
القاضي عليه بموجبها يخير مولاه بين دفعه بالجناية (وبين أن يفديه
بأرشيها، وليس له مطالبة العبد في الحال بقيمته).

وقال زفر رحمته الله^(١): له ذلك؛ لأنَّ موجبَ الجناية^(٢) - وهو القيمة - كان
دينًا على المكاتب حال الكتابة فيبقى بعد العجز كسائر الديون يباع فيه،
وصار كما لو عجز بعد القضاء بالقيمة.

ولنا: - وهو الفرق ٨٦ ب/ بين القضاء وعدمه - ما يذكر في المسألة
المتعقبه لهذه^(٣).

قال: (ولو تكررت قبل القضاء أوجبنا قيمة واحدة لا متعددة).

المكاتبُ إذا جنى جنايةً خطأ فإنه يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش
الجناية؛ لأن دفعه متعذر لمكان الكتابة، فإنه أحقُّ بكسبه، وموجبُ الجناية
عند تعذر الدفع على مَنْ الكسب له، ألا ترى أن موجب جناية المدبر وأم
الولد على المولى؛ لأنَّ كسبهما له، فإن جنى المكاتبُ أخرى بعد ما قضي
عليه بموجب الجناية الأولى يلزمه موجب الثانية أيضًا، وهو الأقل من قيمته

(١) «المبسوط» ٢٢٤/٧، و«الهداية» ٣/٣٠١-٣٠٢.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٦-٢٥٧، و«الكتاب» ٣/١٦٥، و«المبسوط» ٧/٢٢٣،

و«الهداية» ٣/٣٠١-٣٠٢، و«درر الحكام» ٢/٣٢.

ومن أرشها؛ لأنَّ موجبَ الأولى صار دينًا في ذمته فتعلق الثانيةُ برقبته، فإن جني الثانيةً قبل الحكم في الأولى بموجبها، فليس عليه إلا قيمة واحدة.

وقال زفر رحمته الله^(١): يلزمه لكل من الجنائتين^(٢) قيمة على حدتها؛ لأنَّ من أصله أنَّ موجبَ الجناية هو القيمةُ ابتداءً لتعذر الدفع فتساوى القضاء وعدمه.

ولنا^(٣): أنَّ الجناية تتعلق برقبته أولاً لجواز الدفع بتقدير العجز عن الكتابة، وإنما تتحول من الرقبة إلى القيمة بقضاء القاضي، وإذا اجتمعت الجنایات قبل القضاء في رقبته لزمته قيمة واحدة؛ لأنه لو أنكر دفعه تعلقت حقوقهم برقبة واحدة، بخلاف ما إذا قضى القاضي بموجب الجناية الأولى؛ لأنَّ حقه تحول إلى القيمة دينًا في الذمة بالقضاء، فإذا وجدت الثانية تعلقت برقبته حتى يدفع بها إذا عجز، فيحكم للثاني بقيمة أخرى، وهكذا الثالثة والرابعة.

قال: (وإذا مات المولى لم تنسخ وتؤدي الكتابة على نجومها إلى الورثة).

أما عدمُ الأنفاسخ بموت المولى؛ فلأنَّ الكتابة سبب الحرية في حق المكاتب وسبب حقه حق له، فلا يجوز إبطاله، وأما الأداء على النجوم إلى الورثة فلأنه أستحق الحرية على هذه الصفة (لانعقاد السبب كذلك،

(١) «المبسوط» ٢٢٣/٧، و«الهداية» ٣٠٢/٣.

(٢) في (ب)، (ج): (الجانبيين).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٦-٢٥٧، و«الكتاب» ١٦٥/٣، و«المبسوط» ٢٢٣/٧،

و«الهداية» ٣٠١-٣٠٢/٣، و«درر الحکام» ٣٣-٣٢/٢.

فتبقى بهذه الصفة^(١)، وللورثة تخليفه عند الاستيفاء منه^{(٢)(٣)}.

قال: (ويعتق بإعتاقهم ويسقط البدل لا بأحدهم).

إذا أعتقه الورثة كلهم نفذ عتقهم وسقط عنه بدل الكتابة، وإن أعتقه أحدهم لم ينفذ.

والفرق أن العتق^(٤) يستدعي تقدم الملك، والمكاتب لا يملك بجميع أسباب الملك فكذا بالورثة فلا ينفذ، وإنما يعتق بعتقهم جميعاً؛ لأنهم أبرؤوه عن بدل الكتابة وهو حقهم، وقد جرى فيه الإرث، ومتى برئ المكاتب عن بدل الكتابة عتق كما لو أبرأه مولاه، وبعث واحد منهم لا يجعل إبراء عن نصيبه؛ لأن جعل العتق ههنا إبراء بطريق الاقتضاء تصحيحاً للعتق، والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض في بعض المكاتب ولا في كله، ولا يثبت بأداء بعض (البدل)^(٥) ولا يمكن جعله إبراء عن الكل لقيام حق الورثة فيه^(٦).

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الكتاب» ١٣٣/٣، و«الاختيار» ٢٦٨/٤، و«الهداية» ٣٠٢/٣، و«درر الحكام» ٣٣/٢.

(٣) في (ب): (الاستغناء، وفي (ج): (الاستعفاء منه).

(٤) في (ب): (الإعتاق).

(٥) في (ج): (الدرك).

(٦) «الكتاب» ١٣٣/٣، و«الهداية» ٣٠٢/٣، و«درر الحكام» ٣٣/٢، و«البحر الرائق» ٦٠/٨.

قال: (ولو مات وقد كاتبه في مرضه بألف إلى سنة وقيمته نصفها ولا مال ولا إجارة أفتى بأن يعجل^(١) ثلثي قيمته وألا يرد، وهما بثلثي البدل ويتأجل الباقي).

رجلٌ كاتبٌ عبده وهو مريض مرض الموت على ألف درهم مؤجلاً إلى سنة وقيمته خمسمائة ثم مات المولى، ولا مال له غيره ولم يجز الورثة، قال محمد رحمته الله^(٢): يقال له: إما أن تعجل ثلثي خمسمائة والباقي مؤجلاً عليك، وإلا رددت في الرق.

وقال^(٢): يقال له: إما أن تؤدي ثلثي الألف معجلاً والباقي مؤجلاً عليك، وإلا رددت في الرق.

له أنه يملك ترك ما يزيد على قيمته أصلاً بأن يكاتبه على خمسمائة فيملك تأجيله مطلقاً، والمال الذي له في المرض خمسمائة، فيتعلق حق الورثة بثلثيه فلا يصح تأجيله في ثلثي خمسمائة بدون إجازتهم لكونه تبرعاً، ويصح في الزائد؛ لأنه بمنزلة بدل الخلع؛ لأنَّ حقهم غير متعلق به ولا بما يقابله حتى جاز له تركه، ولو أجل بدل الخلع جاز من جميع المال.

ولهما: أنَّ حقهم تعلق بثلثي البدل؛ لأنه كان متعلقاً بثلثي العبد وقد أنتقل إلى بدله بخلاف بدل الخلع؛ (لأنه لاحق لهم فيما يقابله بدل الخلع ليصح)^(٣) الانتقال إلى البدل، وهذا الخلاف مبني على البيع،

(١) في (ج): (جعل).

(٢) «المبسوط» ٦٧/٨-٦٨، و«الهداية» ٢٩٣/٣-٣٩٣، و«درر الحكام» ٢٩/٢، و«البحر الرائق» ٦٠/٨.

(٣) ساقطة من (ج).

فإنه لو باع في مرض موته داره بضعف^(١) قيمتها مؤجلاً إلى سنة ومات ولم يجر الورثة، يقال للمشتري: أدفع ثلثي الثمن حالاً والباقي إلى الأجل، وإلا فانقض البيع عند أبي حنيفة رحمهما الله^(٢) (وأبي يوسف)^(٣)^(٢)، وقال محمد رحمهما الله^(٢): يقال له: أدفع ثلثي القيمة حالاً والباقي مؤجلاً وإلا فانقض البيع.

قال: (ولو أوصى مكاتب بالثلث ثم عتق ثم مات فهي باطلة، وقالوا: الوصية صحيحة).

لأنها تملك مضافاً إلى ما بعد الموت فتعتبر أهليته للوصية عند الموت، وله ما قدمناه في آخر كتاب العتق أن للمكاتب ملكاً حقيقياً وهو ما بعد العتق، وملكاً مجازياً وهو الثابت له في الحال والإيضاء به مطلق، فيصرف إلى الملك الثابت له في الحال، وهو ليس بأهل للتبرع حنيئذ.



(١) في (ج): (نصف).

(٢) «المبسوط» ٦٨-٦٧/٨، و«الهداية» ٣/٢٩٣-٣٩٣، و«درر الحكام» ٢٩/٢، و«البحر الرائق» ٦٠/٨.

(٣) ساقطة من (ب) و(ج).

فصل في الولاء

قال: (يثبت ولاء العتاقة لمن أعتق أو باشر سببه أو حصل على ملكه ذكراً كان أو أنثى).

الولاء نوعان: أحدهما: ولاء عتاقة ويُسمى ولاء نعمة. والآخر: ولاء موالاة / ١٨٧ / ويأتي ذكره. وولاء العتاقة يوجب الإرث من أحد الجانبين؛ لقوله ﷺ: «الولاء لحمه كلحمه النسب»^(١)، فاقضى تعلق الإرث به، ورأى ﷺ رجلاً معه غلام فسأله عنه فقال: عبدي رأيت في السوق واشتريته وأعتقته. فقال ﷺ: «وهو أخوك ومولاك، إن شكرك فهو خير له وشر لك، وإن كفرك فهو خير لك وشر له، وإن مات ولم يترك وارثاً فأنت عصبت»^(٢).

ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها وترك بنتاً، (فقسم)^(٣) المال بين بنته وبنت حمزة نصفين^(٤)، ويثبت الولاء لمن أعتق، ولو على مال ولمن باشر سببه، كالكتابة والاستيلاء والتدبير وشراء القريب، ولمن حصل العتق على ملكه كمن ورث قريبه، فإنه يعتق عليه ويكون الولاء له^(٥)، وهذا من الزوائد. والعلة فيه أن العتق واقع من جهة من باشر سببه، وإن تأخر

(١) رواه ابن حبان ٣٢٥ / ١١ - ٣٢٦ (٤٩٥٠) من حديث ابن عمر، وله شواهد أنظرها في «نصب الراية» ١٥١ / ٤.

(٢) رواه الدارمي في «سننه» ١٩٦٠ / ٤ (٣٠٥٥) عن الحسن مرسلاً.

(٣) في (ج): (فقال).

(٤) رواه ابن ماجه (٢٧٣٤)، وحسنه الألباني في «الإرواء» (١٦٩٦).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٧، و«المبسوط» ٨ / ٨١، و«الهداية» ٣ / ٣٠٣، و«الاختيار» ٤ / ٢٦٩.

الوقوع إلى ما بعد الموت فهو يضاف إليه، فيكون بمنزلة العتق المعلق بالشرط؛ ولذلك لو أوصى بعتق عبده أو شرائه وعتقه بعد موته (فإن ولاءه)^(١) للميت؛ لأنَّ فعل الوصي كفعله، والعتق واقع عنه وتركته على حكم ملكه، فيقع العتق في العبد على حكم ملكه فيكون ولاؤه له.

وقد روي عنه عليه السلام أنه قال: «من ملك ذا رحمٍ محرمٍ منه عتق عليه، وولاءه له»^(٢)، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى؛ لإطلاق ما روينا، ولحديث توريث ابنة حمزة رضي الله عنها، ولأنَّ المعنى في نوعي الولاء إنما هو التناصر وقد كانت العرب يتناصرون بأشياء منها الولاء بهذين النوعين فأقرَّهم عليه السلام على ذلك، فقال: «إنَّ مولى القوم منهم وحليفهم منهم»^(٣)، والحليف هو المولى^(٤) بالعقد^(٥)؛ لأنَّهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف، وإذا كان كذلك فيعقله، وقد أحياء معنى من حيث أزال الرقَّ عنه فيرثه؛ لأنَّ الغنم بالغرم.

قال: (ولو شرطه لغيره أو سائبه بطل الشرط).

لما روي أنَّ عائشة رضي الله عنها أرادت أن تشتري بريرة، وتعتقها، وكان مواليتها شرطوا أن يكون الولاء لهم، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم (فقال)^(٦):

(١) في (ج): (باقٍ وولاءه).

(٢) رواه أبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي (١٣٦٥)، وابن ماجه (٢٥٢٤)، وأحمد ١٥/٥ من حديث سمرة بلفظ «من ملك ذا رحمٍ محرمٍ فهو حر»، وصححه الألباني في «الإرواء» (١٧٤٦).

(٣) رواه الدارمي ١٦٤٤/٣ (٢٥٧٠).

(٤) في (ب)، و(ج): (الموالي).

(٥) في (ب): (بالعقل).

(٦) من (ب).

«أعتقها، فإنَّ الولاءَ لمن أعتق»^(١)، فأبطلَ الشرطَ وجعلَ الولاءَ للمعتق، والتنبه على شرطِ الولاء للغير^(٢) من الزوائد^(٣).

قال: (وإذا ماتَ المعتقُ قدمت عصبتهُ النسبية على مولاه).

لأنَّ ولاءَ العتاقة تعصيبٌ، والنبي ﷺ أجرى الولاءَ مجرى النسب، وما أجرى مجرى غيره إنما يثبتُ حكمه عند عديمه، فإذا ماتَ العبدُ المعتق كانت عصبتهُ من جهةِ النسبِ أقربَ إليه تعصياً فيرثون، فإن ماتَ ولا وارثَ له منهم، ولا ذو فرضٍ هو عصبتهُ في حالٍ كالأب كان ميراثه كُله لمن أعتقه، وإن كان معه ذو فرضٍ ليس بعصبتهُ في حال ورثَ الباقي بعد الفرض^(٤)، وقد أشار ﷺ إلى ذلك بقوله: «وإن ماتَ ولا وارثَ له»^(٥) كنتَ أنتَ عصبتهُ^(٦).

قال: (وإن ماتَ المولى ثم المعتق ورثه بنو مولاه دون بناته).

(لقوله ﷺ)^(٧): «ليس للنساءِ من الولاءِ إلَّا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبين أو كاتب من كاتبين أو جرَّ ولاء معتقهن»^(٨)، هذا

(١) رواه البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤).

(٢) في (ج): (إلى آخره).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٧، و«الهداية» ٣/٣٠٣، و«الاختيار» ٤/٢٦٩، و«درر الحكام» ٢/٣٤، و«البحر الرائق» ٨/٧٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٩-٤٠٠، و«الكتاب» ٣/١٣٨، و«الهداية» ٣/٣٠٥-٣٠٦، و«الاختيار» ٤/٢٦٩، و«درر الحكام» ٢/٣٦.

(٥) من (ب) و(ج).

(٦) تقدم تخريجه عند الدارمي من طريق الحسن مرسلاً.

(٧) من (ج).

(٨) قال الحافظ في «الدراية» ٢/١٩٥: لم أجده هكذا، وانظر: «سنن البيهقي» ١٠/٣٠٦.

هو نمط^(١) الحديث أثبتته تبرُّكًا به، وتحصيلًا لحكمه؛ ولأنَّ البناتِ لسن عصبَةً، أو لأنَّ السببَ^(٢) هو النُّصرة ولسن من أهلها، والحديثُ دليلٌ على ثبوتِ الولاءِ لهنَّ إذا أعتقن أو كن سببًا في الإعتاق، ثم ينتفي ثبوتُ الولاءِ لهنَّ بعد ذلك، قضية للحصر الذي دلَّ عليه اللفظُ؛ ولأنَّها ساوت الرجلَ في السبب وهو الإعتاق، وإذا أَسْتَحَقَّت ميراثَ معتقِها فكذا معتقُ معتقِها؛ لأنَّها تسببت في إعتاقه، ولأنَّ معتقه ينسبُ إليها بالولاءِ^(٣).

قال: (فإن زوّجت عبدها معتقة الغير فولدت كان ولاؤه لمواليها، فإن أعتق جرّ ولأء ابنه إلى مواليه).

هذا هو صورةُ جرّ الولاءِ المستثنى في الحديث، وهو أن يتزوج (عبد)^(٤) معتقة الغير، (وتأتي منه بولد)^(٥)، فإنَّ ولأء الولدِ يكون لموالي أمه؛ لأنَّ الأبَّ عبدٌ لا ولأء له، فإذا أعتق العبد جرّ ولأء ابنه إلى مواليه، وكذلك معتقُ معتقهن، وصورة ذلك أنَّ المرأة تعتقُ عبدًا، فيشتري العتيقُ عبدًا، ويزوجه معتقة الغير، فإن ولدت منه ولدًا فولأء الولد لموالي أمّه لما بيّنا، فإن أعتق معتق المرأة عبده جرّ ولأء الولدِ إليه، ويكون ذلك الولأء لمن أعتقه، فذلك جرّ ولأء معتق معتقها^(٦).

(١) في (ب): (لفظ). (٢) في (ج): (النسب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٤٠٠-٤٠١، و«الكتاب» ٣/١٣٨-١٣٩، و«الهداية»

٣/٣٠٦، و«الاختيار» ٤/٢٦٩-٢٧٠، و«درر الحكام» ٢/٣٦.

(٤) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٥) في (ب): (ويأتي منه الولد).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٨، و«الكتاب» ٣/١٣٧، و«الهداية» ٣/٣٠٤،

و«الاختيار» ٤/٢٧٠، و«درر الحكام» ٢/٣٤، و«البحر الرائق» ٨/٧٤.

قال: (ولو أعتقت وهي حاملٌ أو أتت به لأقلَّ من ستة أشهر من حينه لم ينتقل أبدًا).

إذا تزوج عبدٌ أمةً الغير، فأعتقها مولاهما وهي حاملٌ من العبد، عتقت وعتق حملها؛ لأن الحملَ في حكم جزءٍ منها، والعتقُ ورد عليها مقصودًا فيتناول جميعَ أجزائها، وكان الولدُ مقصودًا بالإعتاق، فلم ينتقل ولاؤه عمَّن أعتقه، وهو مولى الأمِّ؛ لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» فإنه يقتضي ثبوت الولاء على التأييد؛ ولهذا لم يجز اشتراطه للغير، ولا بنائه، وكذلك إذا أتت به لأقلَّ من ستة أشهرٍ من حين أعتقت للتيقن بوجود الحملِ وقتَ الإعتاق، وهذه / ٨٧ب / من الزوائد. وكذلك لو أتت بولدين أحدهما لأقلَّ من ستة أشهر؛ لأنهما توأمان خلقا من ماءٍ واحدٍ^(١).

قال: (أو لأكثرَ منها جرَّ العتيقُ^(٢) ولأء ابنه).

(إذا أعتقت الأمةُ فأتت بولدٍ)^(٣) لأكثرَ من ستة أشهرٍ من حين الإعتاق، فولأء الولد لمولى الأمِّ؛ لأنَّ الولدَ معتقٌ بحكم التبعية لأُمَّه باعتبار اتصاليه بها بعد عتقها، فيتبعها في ولائها ولم يتيقن بوجوده حين الإعتاق حتى يكون العتقُ واردًا عليه، فإذا أعتق العبدُ جرَّ ولأء ابنه وانتقل عن موالى أُمَّه إلى مواليه؛ لثبوت العتق في الولد تبعًا لا مقصودًا، بخلاف الأول؛ لأنَّه مقصودٌ بالعتق؛ لوجوده حالة الإعتاق الوارد على الأمِّ بجميع أجزائها، وههنا مدة الحمل كاملة بعد العتق فوق الشك في الوجود حالة العتق فلم يعتق مقصودًا

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٨-٣٩٩، و«المبسوط» ٨/ ٨٩، و«الهداية» ٣/ ٣٠٤،

و«الاختيار» ٤/ ٢٧٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٤.

(٢) في (ب): (العتق).

(٣) في (ب): (فإن ولدت بعد عتقها).

بالشك، فيعتق بالتبعية بحكم السراية، والأصل في جرّ الولاء قوله ﷺ: «الولاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ، وَلَا يُورَثُ»^(١)، ثم النسبُ ملحقٌ بالآباء، فكذا الولاءُ، إلّا أنا ألحقناه بمولى الأم ضرورة عدم أهلية الأب، فإذا صار أهلاً بالعتق عاد الولاءُ إليه بمنزلة ولدٍ الملاعنة، فإنّه ينسبُ إلى قوم الأم بحكم الضرورة، فإذا أكذب الأب نفسه عاد النسبُ إليه؛ لارتفاع المانع عن إلحاق النسب^(٢).

قال: (وإذا ولدت معتقة من أعجمي أو من مولى موالاة يجعل ولاءه لمولى أبيه وقالوا: لمولى أمه).

إذا تزوّج أعجمي معتقة فولدت منه ولدًا كان ولاءُ الولد لمولى الأم عند أبي حنيفة^(٣) ومحمد^(٣) رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله^(٣): حكمه حكم الأب؛ لأن النسب ملحقٌ بالآباء، فصار كما لو كان الأب عربيًا، بخلاف ما لو كان عبدًا؛ لكونه هالكًا معنيًا.

ولهما: أن ولاء العتاقة قويٌّ، معتبرٌ في حق ترتب الأحكام، ألا ترى أنه يترتب عليه الكفاءة، وهذا يتعلّق بالنسب وهو في حقّ العجم ضعيفٌ؛ لأنّهم ضيعوا أنسابهم؛ ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقويُّ

(١) سبق تخريجه.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٨-٣٩٩، و«الكتاب» ٣/١٣٧، و«المبسوط» ٨/٨٩-٩٠، و«الهداية» ٣/٣٠٤، و«الاختيار» ٤/٢٧٠-٢٧١، و«البحر الرائق» ٨/٧٤-٧٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٨، و«الكتاب» ٣/١٣٧-١٣٨، و«الهداية» ٣/٣٠٥، و«درر الحكام» ٢/٣٤، و«البحر الرائق» ٨/٧٥.

لا يعارضه الضعيف، بخلاف ما إذا كان الأب عربياً؛ لأنَّ أنساب العرب قوية معتبرة في حقِّ الكفاءة والعقل؛ لأنَّ تناصرهم بها فأغنى عن الموالاتة، ولا تناصر للعجم بالأنساب، فألحقنا الولاء بمواليها لموضع النصرة، وعلى هذا الخلاف إذا كان الأب كافراً فأسلم وتزوج بمعتقة ووالى رجلاً فإنَّ ولاء الولد لموالي الأم؛ لأنَّ لهم ولاء عتاقة وهو أقوى من ولاء الموالاتة. ألا ترى أنَّ ولاء العتاقة لا يلحقه الفسخ، وولاء الموالاتة يلحقه الفسخ. وعنده لموالي أبيه؛ لأنَّ الولاء يتبع النسب والنسب للآباء، فكان إلحاقه به أولى. وقال صاحب «الهداية»^(١): الخلاف واقع في مطلق المعتقة. ولفظة العرب في «مختصر القدوري»^(٢) في قوله: من تزوج من العجم بمعتقة العرب وقع اتفاقاً، واستدلَّ على الإطلاق بالمسألة الثانية، فإنها في «الجامع الصغير»^(٣) مطلقة عن القيد.

قال: (وإذا أسلم على يد رجل وولاه، أو والى غيره على أن يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى صحَّ إن لم يكن مولى عتاقة، ونورثه إذا لم يكن وارث^(٤)).

هذا هو ولاء الموالاتة، وهو أن يسلم رجل على يد آخر ويواليه، فيقول له: أنت مولاي ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت. فيقبل الآخر، فذلك عقد صحيح، وكذلك لو أسلم على يد رجل ووالى غيره. ولصحة الموالاتة شروط:

(١) «الهداية» ٣/ ٣٠٥.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٣٨.

(٣) «الجامع الصغير» ص ٢٥٣.

(٤) في (ب): (له وارث).

أحدها: أن يشترط الإرث والعقل؛ لأنهما بالالتزام فلا بد منه.
والثاني: أن (لا يكون)^(١) المولى عربياً؛ لأنّ تناصر العرب بأنسابها
إلى قبائلها، وذلك أكد من نصرة الموالات؛ ولأنّ العرب لا تُسترقُّ
فلا يكون عليه ولاء العتاقة، فولاء الموالات أولى.

والثالث: أن لا يكون قد عقل عن غيره، فقد تعلق به ولاء لا يفسخ،
فصار كولاء العتاقة.

والرابع: (أن لا يكون عليه ولاء عتاقة؛ لأنّ ولاء العتاقة لازمة،
فلا يظهر الأدنى وهو الموالات مع بقاءه.

الخامس)^(٢): أن يكون الموالي عاقلاً بالغاً حراً، حتى لا تصحّ موالاته
الصبي والعبد والمجنون، ولو والى الصبي بإذن الأب والوصي جاز،
والولاء للصبي، وإن والى العبد بإذن (مولاه)^(٣) جاز، والولاء لمولاه،
ويكون العبد وكيلاً عنه؛ لأنّ الصبي من أهل الولاء والعبد ليس من
أهله، فيثبت الولاء لأقرب الناس إليه وهو مولاه، وإذا مات عن غير
وارث ورثه عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله^(٤): ولاء الموالات ليس بشيء، ولا يورث به
ولا يعقل؛ لأنّ استحقاق الميراث بكتاب الله لصاحب الفرض (والوصية)^(٥)
والعصبة دون غيرهما^(٦)، وهذا ليس بذی فرض ولا عصبية فلا يرث؛ ولأنّ

(١) في (ب)، و(ج): (يكون).

(٢) ساقط من (ب).

(٣) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٤) «الأم» ٨ / ٨٥، و«المهذب» ٢ / ٢٢.

(٥) من (ب).

(٦) في (ب): (غيرها).

ذوي الأرحام الذين هم مقدمون عليه لا ميراث لهم عنده، فبالأولى هذا؛ ولأنَّ فيه إبطال حق بيت المال فلا يصحُّ، كما لا يصحُّ مع وارث آخر؛ ولهذا منع (أبو حنيفة رحمته الله)^(١) الوصية في كلِّ المال، وإن خلا الموصي عن وارث؛ /١٨٨/ لأجل حق بيت المال، وإنما ينفذه في الثلث.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ﴾ [النساء: ٣٣]؛ أي: الذين عاقدتهم أيمانكم؛ أي: عاهدتموهم، حذف ضمير المفعول العائد إلى الموصول وحذفه كثيرًا، والآية تقتضي إرث مولى الموالاة، إلا أنَّ أرباب الفروض والعصبات وأولي الأرحام مقدمون عليه بآية المواريث، وبقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥]، وقد نزلت الآيتان بعد هذه، فإذا لم يكن منهم أحد سلمت هذه الآية في مقتضاها عن المعارض فيثبت مقتضاها؛ ولأنه سئل رحمته الله عن رجل أسلم على يد آخر ووالاه، فقال: «هو أحقُّ الناس به بحياه ومماته» إشارة إلى العقل والإرث؛ ولأنَّ ماله حقه فيصرفه إلى حيث يشاء.

وأما بيت المال فالصرفُ إليه لضرورة عدم المستحق (لا أنَّه)^(٢) مستحق. وإنما قال: (لم يكن وارث) ليشمل ذوي الأرحام؛ لأنَّ الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما، وذو الرَّحم وارث لما نذكر في الفرائض إن شاء الله تعالى^(٣).

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (لا لأنه، في (ج): (لأنه لا).

(٣) «الكتاب» ٣/١٣٩-١٤٠، و«المبسوط» ٨/٩١-٩٢، و«الهداية» ٣/٣٠٦-٣٠٧، و«الاختيار» ٤/٢٧٢، و«البحر الرائق» ٨/٧٧.

قال: (ويجوز فسخه قولاً وفعلاً).

أما جواز الفسخ؛ فلأنه عقد تبرع، أمّا من الأعلى فلأنه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته، وأمّا من الأسفل فلأنه متبرّع بجعله خليفته في ماله. والتبرع تصرف غير لازم فجاز الفسخ ما لم يحصل^(١) عنه، وأمّا الفسخ قولاً فهو أن يكون بحضرة الآخر كعزل الوكيل عزلاً قصدياً، وأمّا بالفعل فمع غيبته كما إذا والى غيره؛ لأن ذلك عزل حكيمٍ فلا يشترط فيه العلم^(٢).

قال: (إلا أن يعقل عنه).

لأنه بالعقل تعلق به حق الغير، وهو بمنزلة عوض ماله كالهبة إذا عوض عنها^(٣).

قال: (ولو أقرّ به عتاقه فقال: بل موالاة. ثبت الموالاة، والانتقال عنها لا يجوز، وكذا لو كذبه فيه أصلاً ثم أقرّ به لغيره).

إذا أقرّ رجل أنه مولى فلانٍ ولأه عتاقه فقال فلان: بل أنت مولى موالاة. يثبت ولأه الموالاة لتصادقهما على أصل الولاء، وليس له أن يتحول عنه بولائه إلى غيره^(٤)، وإن كان قابلاً للفسخ عند أبي حنيفة^(٤).

(١) في (ج): (يعقل).

(٢) «الكتاب» ٣/١٤٠، و«المبسوط» ٨/٩١-٩٢، و«الهداية» ٣/٣٠٧، و«الاختيار» ٤/٢٧٢، و«البحر الرائق» ٨/٧٨.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٩٩، و«الكتاب» ٣/١٤٠، و«الهداية» ٣/٣٠٧، و«الاختيار» ٤/٢٧٢، و«البحر الرائق» ٨/٧٨-٧٩.

(٤) «الكتاب» ٣/١٤٠، و«المبسوط» ٨/١٢٠-١٢١، و«المنظومة» لوحة (٣).

وقالاً^(١) رحمهما الله: (يصح)^(٢) له ذلك.
وكذا لو أقرَّ له فكذبُه أصلاً، ثم أقرَّ به لغيره فقال: بل أنت مولى فلان.
لم يصح عند أبي حنيفة رحمته الله^(١).
وقالاً^(١): يصح؛ لأنَّ إقراره بالردِّ والتكذيب صار كأن لم يكن، فكان
له أن يثبت ولاءه فيمن أراد.
وله أن لحاق الإقرار بالعدم مخصوص بما إذا كان المقرُّ به مما يقبل
النقض والإسقاط والإبراء كالدين ونحوه. أما إذا كان مما لا يحتمل النقص
لزمه حكمه، كمن شهد على رجل بنسب فردت شهادته لمعنى ما، ثم ادعى
الشاهد نسبَه لم يصح، فكذا هذا^(١).

قال: (وإذا ولدت مجهول النسب بعد أن والت فهو تبع لها
فيه، وكذا لو أقرت به أو أنشأته وهو معها).

هذه ثلاث مسائل:

أولاهها: (إذا)^(٣) والت المرأة رجلاً ثم ولدت ولداً لا يُعرف أبوه
-وهذا القيْد من الزوائد- فالولد تابع لأمِّه في الولاء، فيكون مولى
لمولاهها.

الثانية: إذا أقرت بالولاء لفلان وفي يدها صبي لا يُعرف نسبُه صحَّ
إقرارها عليه وعليها وله، ويصيران من مواليه.

الثالثة: أن يكون الولد معها ثم ينشأ عقد الموالاة يكون تبعاً أيضاً،
وهذه من الزوائد.

(١) «الكتاب» ٣/ ١٤٠، و«المبسوط» ٨/ ١٢٠-١٢١، و«المنظومة» لوحة (٣).

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): (لو).

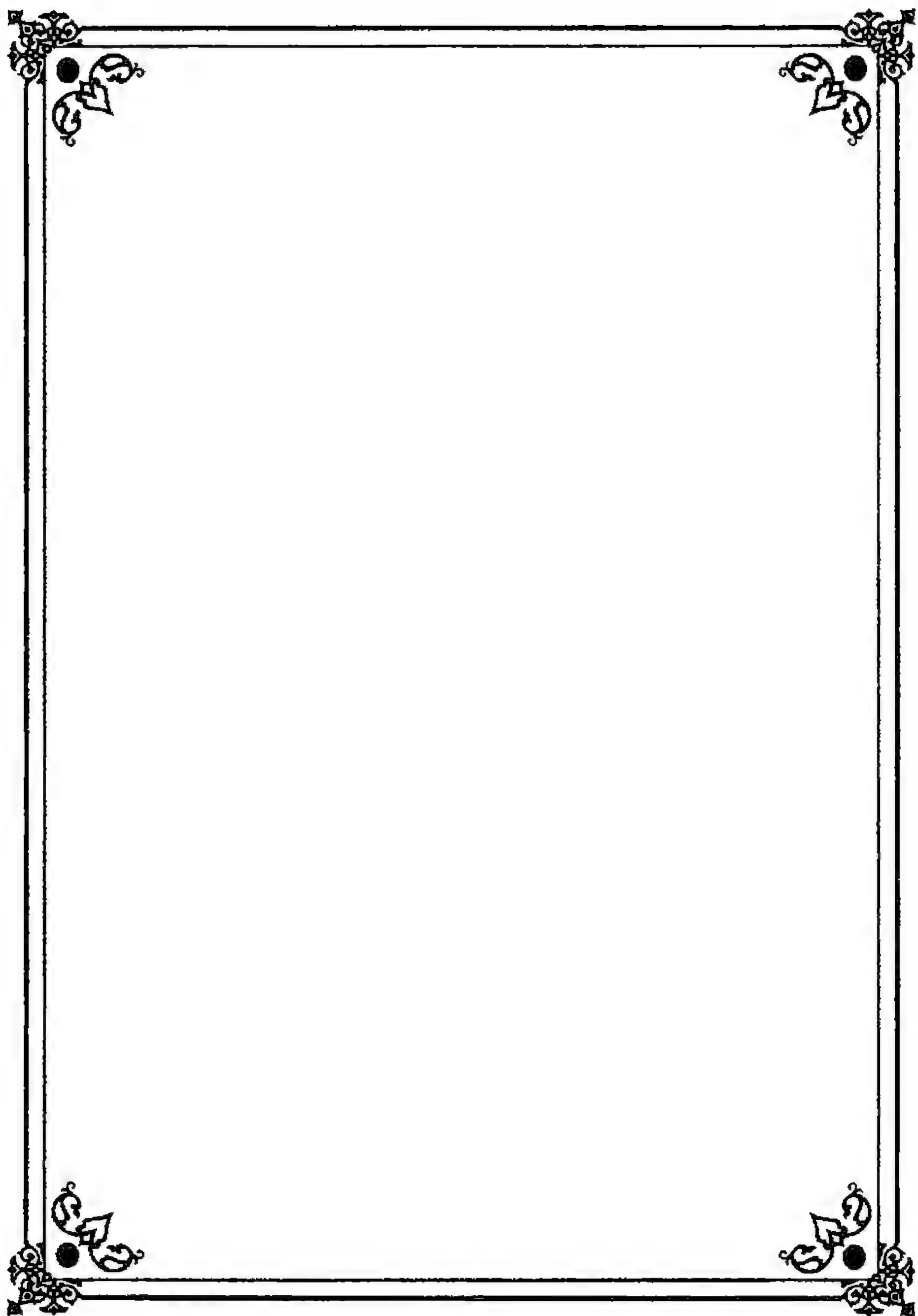
وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله.

وقالا: لا يثبت ولاء ولدها لمولاها في (هذه الصور)^(١). لهما أن الأم ليس لها ولاية على ماله، فلأن لا يكون لها ولاية على نفسه أولى. وله أن الولاء بمنزلة النسب، وهو نفع محض في حق الصغير المجهول النسب، فتملك الأم إثباته بالإنشاء والإقرار كقبول الهبة^(٢).



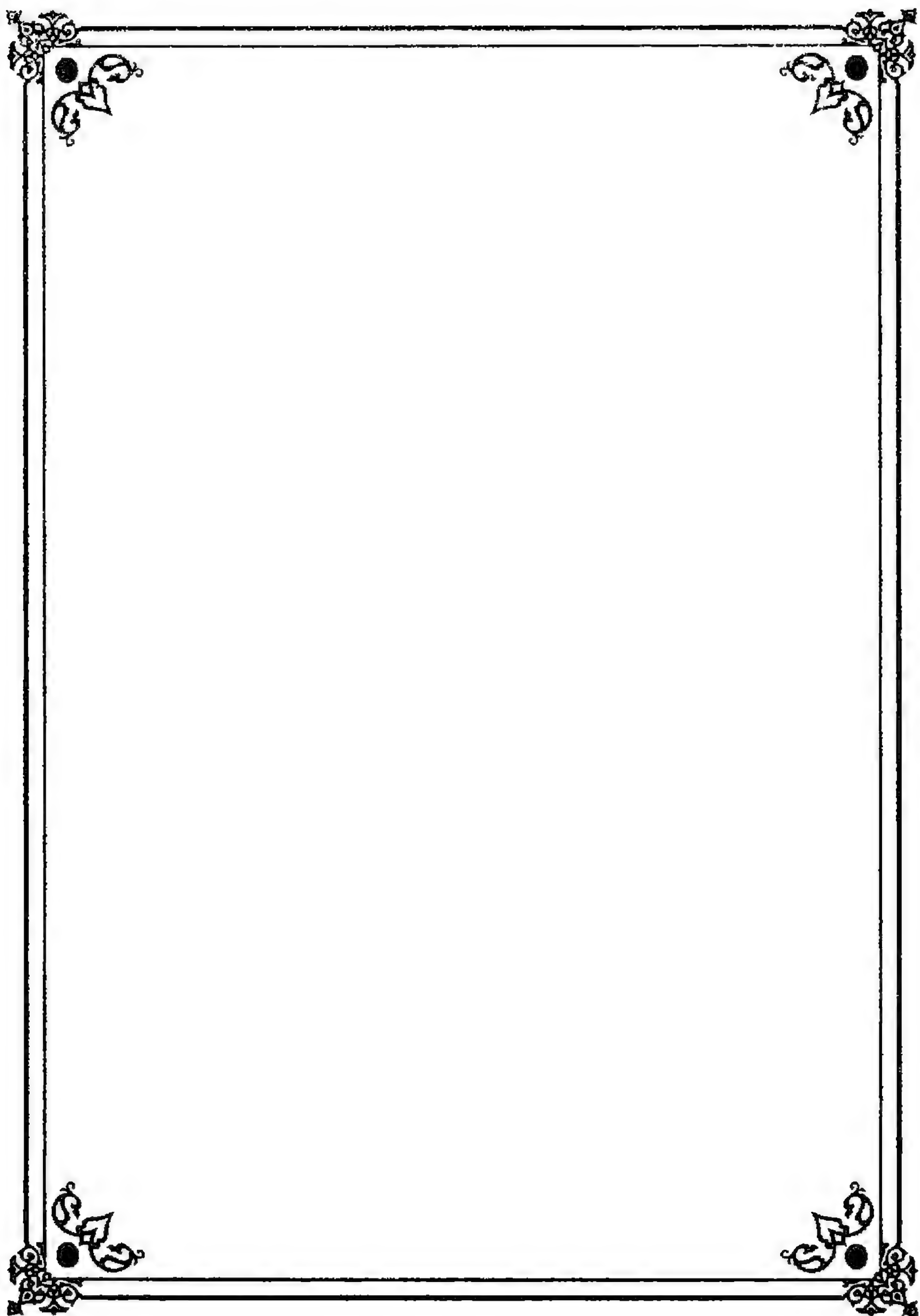
(١) في (ب): (هذا الصغير).

(٢) «الاختيار» ٢٧٢/٤، و«درر الحكام» ٣٧/٢، و«البحر الرائق» ٧٨/٨-٧٩.



۳۶

کتاب الجنایات



كتاب الجنایات^(١)

الجنایة: هي الفعل المحظور الذي يتضمن الضرر، فإن صدر من الجاني على نفسه فحكمه في الآخرة، وإن صدر على غيره، فإما على نفسه أو على طرف من أطرافه أو على عرضه أو ماله. فالجنایة على النفس هي القتل بأنواعه، وعلى الطرف هي القطع والكسر والشجّة والجرح. وهذا الباب معقود لبيان ما يتعلق بهاتين الجنایتين من الأحكام، أمّا الجنایة على العرض فهي الغيبة وهي موجبة للإثم، وهي من أحكام الآخرة، والقذف وموجبه الحد، كما يأتيك بيانه في الحدود. والجنایة على المال هي الغصب، وقد مرّ بيانه، والسرقة ويأتي الكلام فيها^(٢).

قال: (وينقسم القتل إلى عمد وشبهه وخطأ وما في حكمه، وما هو بسبب).

المراد بالقتل ههنا القتل الذي هو بغير حق، وهو الذي تتعلق به الأحكام من وجوب القصاص أو الدية والكفارة، وهذه خمسة أقسام، وبيان الحصر. (أن القتل)^(٣) إمّا أن يقع بمباشرة أو غير مباشرة، والثاني هو القتل بسبب، والأول إمّا أن يكون عن قصد أو غير قصد. فالأول إمّا أن يكون بسلاح وما ناسبه في تفريق الأجزاء / ٨٨ ب/ أو غير ذلك، والأول هو العمد، والثاني شبهه وغير القصدي، أما إذا كان حالة اليقظة

(١) وجه المناسبة بينه وبين العتق أن في مشروعية كل منهما إحياء معنويًا .

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٤٠، و«المبسوط» ٢٧/ ٨٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٣، و«تكملة فتح

القدير» ١٠/ ٢٠٣، و«اللباب» ٣/ ١٤٠.

(٣) من (ب)، و(ج).

وهو الخطأ، أو حالة النوم، وهو ما أجري مجراه، ولا يقال: إن المكره لم يباشر القتل، وقد جعلتموه عمداً حتى وجب به القصاص؛ لأننا نقول: المكره لما كان مسلوب الاختيار لم يكن إضافة الحكم إليه، فكان كالألة للمكره وانتقل فعله إليه، فكان مباشراً للقتل حكماً^(١).

قال: (فإذا قصده بسلاح أو ما ناسبه في تفريق الأجزاء كان عمداً).

العمد هو القصد، وهو من أعمال القلوب، ولا اطلاع عليه إلا بدليله، فإذا ضربه بسيف أو ما أجري مجراه في تفريق الأجزاء؛ كالليطة^(٢) والمروية^(٣) المحددة والنار علمنا حصوله نظراً إلى استعمال الآلة الموضوع للقتل عادة^(٤)، وإذا قتله بحديد أو صفر غير محدد كالعمود والسَّنَجَة^(٥) ونحوهما فيه روايتان: أظهرهما أنه عمد باعتبار النظر إلى الآلة. وفي رواية الطحاوي^(٦): ليس بعمد؛ لأن ذلك لا يفرق الأجزاء.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٤١/٣، و«المبسوط» ٥٩/٢٦، و«الهداية» ٥٠١/٤، و«الاختيار» ٤٧٤/٥.

(٢) الليطة: قشرة القصبه والقدس والقناة وكل شيء له متانه والجمع: ليط، ولياط، وألياط. «الصحاح» / ٩٦٦ مادة ليط، و«القاموس المحيط» / ٦١٨ مادة لوط، و«المعجم الوسيط» ٤٨٩/٢ مادة لاط.

(٣) المروية: هي حجارة بيض براقه، تقذف منها النار؛ الواحدة مروية. وبها سميت المروية بمكة. أنظر: «مختار الصحاح» ص ٥٥٤ مادة مرا.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٤١/٣، و«المبسوط» ٥٩/٢٦، و«الهداية» ٥٠١/٤، و«الاختيار» ٤٧٤/٥.

(٥) سنجه هي الميزان، معرب، والجمع سنجات. أنظر: «المصباح المنير» ص ١٧٥ مادة سنج، و«المعجم الوسيط» ٤٥٣/١ مادة سنجه.

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢.

ولو طعنه برمح لا سنان له فجرحه كان عمداً؛ لأنه كالسيف في تفريق الأجزاء. ولو قتله عمداً بما لا يقصد به القتل عادة كالإبرة ونحوها لم يكن موجباً للقصاص، ولو كان يقصد به كالمسلة^(١) ونحوها يجب به القصاص، رواه أبو يوسف رحمته الله^(٢)، وروى: إن أصاب بالإبرة مقتله عمداً قُتل (به)^(٣)، وإلا فلا.

قال: (فيأثم ولا نوجب الكفارة).

أما الإثم فلقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا﴾ الآية [النساء: ٩٣]، وعليه الإجماع، وأما الكفارة فلا تجب فيه^(٤). وقال الشافعي رحمته الله^(٥): هي واجبة؛ لأن الكفارة شرعت طهرة للذنوب، والعمد أحوج إلى التكفير من الخطأ، فكانت العمدية أدعى إلى الإيجاب.

ولنا: قوله رحمته الله: «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، والفرار من الزحف، وقتل النفس عمداً بغير حق، واليمين الفاجرة»^(٦)؛ ولأنها كبيرة محضة، وفي الكفارة معنى العبادة

(١) مسلة، بكسر اللام: الإبرة العظيمة، وجمعها: مسال. أنظر: «مختار الصحاح» ص ٢٨٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢.

(٣) من (ب)، و(ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٤١/٣، و«المبسوط» ٥٩-٦٠/٢٦، ٨٤/٢٧، و«الهداية» ٥٠١/٤، و«الاختيار» ٤٧٥-٤٧٦/٥.

(٥) «المهذب» ٢١٨/٢، و«تكملة تكلمة المجموع» للمطيعي ٣٣١/٢٠.

(٦) رواه البخاري (٦٦٧٥) من حديث عبد الله بن عمرو بلفظ «الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس».

فلا يناط بمثلها؛ ولأنها من المقادير الشرعية عينت لدفع الأدنى وهو الخطأ، فلا يقاس عليه العمد؛ لأن جناية العمد أعظم، فلا يلزم من دفعها الأدنى دفعها الأعلى، وهذا لأن محو الإثم يشرع ما هو عبادة من باب التخفيف؛ لأنه إسقاط لعقوبة الآخرة بإقامة التوبة، وشرع مثل هذا الحكم إنما يكون مع خفة السبب، فإذا غلظت الجناية وتكاملت لم يكن شرعها ملائماً له.

قال: (ونوجب به القود لا الخيار بينه وبين الدية).

قتل العمد يوجب القود عندنا عيناً^(١).

وقال الشافعي رحمه الله في قول^(٢): هو مخير بين القود والدية يطالب الولي بأيهما شاء. وفي قول آخر: موجه القود، وللولي العدول عنه إلى الدية من دون رضا القاتل.

هو يقول: إن شرعية المال في القتل أصل مشروع لجبر حق المقتول فيما فات عليه بدليل حالة الخطأ، فإن الفوات فيهما جار على نمط واحد، وطريق الجبر في الأصل هو التحصيل وإيجاب المال، وفي العمد أوجب الشرع القصاص ضماناً زائداً على خلاف الأصل في ضمان العدوان بحكم إبقاء الحياة، فشرعه (لا ينفي)^(٣) الضمان الأصلي.

ونحن نقول: المال لا يصلح ضماناً للآدمي؛ لأن ضمان الجبر يعتمد المماثلة ولا مماثلة بين الآدمي وبين المال لا صورة ولا معنى، أما الصورة

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٤١/٣، و«المبسوط» ٦٠/٢٦، و«الهداية» ٥٠١/٤، و«الاختيار» ٤٧٥/٥.

(٢) «الأم» ١٠/٦، و«المهذب» ١٨٩/٢، و«التنبيه» ٢/٧، و«تكملة تكملة المجموع» ٨/٢٠.

(٣) في (ب): (لانتفاء).

فظاهر، وأما المعنى؛ فلأنَّ الآدمي خلق مكرماً بأنواع الكرامة من الخلافة وحمل الأمانة وغير ذلك، والمطلوب من وجوده معرفة الله تعالى وعبادته، والمالُ خُلِقَ لإقامة مصالحه، فلم يكن مماثلاً له في المعنى المطلوب، وإذا أنتفت المماثلة لم تصح أن تكون ضماناً أصلياً، وتبيّن أنَّ الوجوبَ حالة الخطأ على خلاف الأصل شرع صوناً للدم عن الهدر.

قال: (إلا أن يموت أو يعفو الأولياء).

أما الأول فلفوات محل الاستيفاء، وأما الثاني فلأن الحقَّ لهم، فإذا عفا عنه فقد أسقطوه^(١).

قال: (أو يصالحوه على مالٍ برضاه، فيجبُ في ماله أو يسقط

بشبهة فتجبُ الديةُ في ماله في ثلاث سنين).

لأنَّ القصاص حق الورثة، وكما كان لهم إسقاطه أصلاً بالعفو كان لهم أن يتعوضوا عنه مع اشتمال الصلح على إحسان الأولياء وإحياء القاتل، فيجوز بالتراضي، والقليل والكثير سواء؛ لعدم التقدير الشرعي. فيكون مفوضاً إلى اصطلاحهم كالخلع وغيره، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَى لَهٗ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨] نزلت في الصلح، وإنما يتحمل القاتل بمال الصلح؛ لقوله ﷺ: «لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً»^(٢)، وهذا عمدٌ أو صلحٌ، فلا تتحملة العاقلة، فتجب

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٤١/٣، و«المبسوط» ٦٠/٢٦، و«الهداية» ٥٠١/٤، و«الاختيار» ٤٧٥/٥، و«درر الحكام» ٩٤/٢.

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢٨٠/٢ (١٠٣٦): لم أره مرفوعاً، ثم عزاه للدارقطني والبيهقي عن عمر موقوفاً. أنظر «سنن الدارقطني» ١٧٧/٣، و«سنن البيهقي» ١٠٤/٨.

في ماله على ما أًصطلحاً عليه من تعجيل أو تأخير أو تنجيم ؛ لقوله ﷺ :
« المؤمنون عند شروطهم »^(١) ، وإن لم يذكر (أشياء)^(٢) كان المال
حالا كسائر المعاوضات عند الإطلاق ، وإذا سقط القصاصُ بشبهة كما
في قتل الوالد ابنه / ١٨٩ / فالدية واجبة في مال القاتل ؛ لما روينا ، وهذا
عمد ، وإنما يتأجل إلى ثلاث سنين ؛ لأنه مال وجب بالقتل ابتداءً ،
فأشبهه شبه العمد ، والأول - أعني الأرش الواجب بالصلح - يجب حالا ؛
لأنه مالٌ وجب بالعقد ، فأشبهه الثمن بالبيع^(٣) .

قال : (أو يعفو بعضهم أو يصالح فتجب بعينها على العاقلة) .

لأن الحق مشترك بين الورثة ، فلكل منهم العفو عن نصيبه ، والصلح
عنه كغيره من الحقوق ، والقصاص لا يتجزأ ، فالعفو عن بعضه أو الصلح
مسقط لجزء منه ؛ فيسقط الكل ضرورة عدم التجزؤ ، وإذا سقط القصاص في
نصيب غير العافي أنقلب حقه مالا ؛ لئلا يسقط لا إلى عوض ولم يجب
على القاتل ؛ لعدم التزامه ، فوجب على العاقلة ؛ لأنه مالٌ واجبٌ بغير
قصد من القاتل ، فصار كالخطأ ، وليس للعافي منه شيء لسقوط حقه
بعفوه^(٤) .

(١) رواه أبو داود (٣٥٩٤) بلفظ : «المسلمون» ، وصححه الألباني في «الإرواء»
(١٣٠٣) .

(٢) في (ب) : (شيئا) .

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢-٢٣٣ ، و«الكتاب» ٣ / ١٤١ ، و«المبسوط» ٢٦ / ٦٠ ،
و«الهداية» ٤ / ٥٠١-٥٠٢ ، و«الاختيار» ٥ / ٤٧٥ ، و«درر الحكام» ٢ / ٩٤ .

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٩ ، و«الكتاب» ٣ / ١٤١-١٤٢ ، و«المبسوط» ٢٦ / ١٥٨ -
١٥٩ ، و«الهداية» ٤ / ٥٠١ ، و«الاختيار» ٥ / ٤٧٦ .

قال: (واعتبرنا الصُّلَحَ في مرضِ الموتِ من كلِّ المالِ
لا ثلثه).

الصلحُ عن قتلِ العمدِ في مرضِ (موت) ^(١) القاتلِ يعتبر من كلِّ المالِ.
وقال زفر ^(٢) رَحِمَهُ اللهُ : من ثلثه ؛ لأنَّه تبرع ؛ لأنَّه بدل مال لا في مقابلة مالٍ.
ولنا : أنَّه في مقابلة أعز الأشياء ، وهو النفس ^(٢).

قال: (وجعلوا شبه العمد نوعًا).

(شبه العمد نوع) ^(٣) من أنواع القتل كما بيَّناه.
وقال مالك رَحِمَهُ اللهُ ^(٤) : القتلُ نوعان : عمدٌ وخطأٌ لا غير ؛ لأنَّ العمدية إنْ
كانت متحققة فيه فهو العمدُ ، وإلَّا فهو الخطأُ ؛ لانتفاء الواسطة بينهما كما
في سائر الأفعالِ ، وكما في الجناية على الأطراف.
وعندنا أقسامُ القتلِ خمسةٌ كما تقدم (بيان) ^(١) حصرها ، وإنْ شئنا
قلنا : أقسامها ثلاثة : عمدٌ وشبهه وخطأٌ ؛ لأنَّ القسمين الآخرين أحدهما
أجري مجرى الخطأِ ، والآخر ليس بقتل مباشرة ، فنقول : العمدية إمَّا أنْ
قارنت ما وجد منه من القتلِ ، أو لم تقارن ، والثاني : الخطأُ ، والأول
إمَّا أنْ يكونَ بما يفرِّق الأجزاء ، أو ما يجري مجراه ، أو لا يكونُ ،
فالأول : العمد ، والثاني : شبهه ، هذا على قول الإمام ^(٥) ، وأمَّا على

(١) من (ب).

(٢) «مختلف الرواية» ١٨٨٥ / ٤ . (٣) ساقط من (ب).

(٤) «الكافي» ص ٥٨٨ ، و«عقد الجواهر الثمينة» ٢٣٣ / ٣ - ٢٢٤ ، و«بداية المجتهد»
٧٠٣ / ٢ ، و«المعونة» ١٣٠٦ / ٣ .

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٣ - ٢٣٤ ، و«الكتاب» ١٤١ / ٣ ، و«المبسوط» ٦٥ / ٢٦ ،
و«الهداية» ٥٠٢ / ٤ ، و«الاختيار» ٤٧٥ / ٥ .

قولهما^(١) فالتقسيم في الأول إمّا أن يكونَ بما يقتل غالبًا أو لا يكون،
والأول: العمد، والثاني: شبهه، وإنّما اعتبرنا الآلة لقوله ﷺ: «ألا إنّ
قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل»، ولهذا
وقعت التفرقة بين القتل وبين سائر الأفعال، وإنّما يكونُ في الأطراف
عمدًا لما يأتي إن شاء الله تعالى.

قال: (وهو أن يقصده بما لا يفرق الأجزاء، وقالوا بما لا يقتل
غالبًا).

شبه العمد مفسرٌ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(٢) أن يقصد الضرب بما ليس
بسلاح، ولا في معنى السلاح الذي يُقصد به القتل.
وقالوا^(٢) والشافعي^(٣) رحمهم الله: إذا ضربهُ بخشبةٍ عظيمةٍ أو حجرٍ
عظيمٍ فهو عمد، وشبه العمد أن يقصد الضرب بما لا يقتل غالبًا
كالسوط والعصا الصغيرة؛ لأنَّ العمدية تتقاصرُ بتقاصرِ الآلة، وهذه آلة
تستعمل للتأديب دونَ القتل، فإذا حصلَ بها القتل كانَ معنى العمدية
قاصرًا بخلاف ما إذا كانت الآلة عظيمةً؛ لأنَّ العمدية متكاملةٌ؛ لأنها
كالسيف في إفضاؤها إلى القتل واستعمالها فيه، فيجب به القصاص، وله
أن الشبهة في العمدية والقصد تتعرف من قبل الآلة، وهذه الآلة ليست
موضوعةً للقتل ولا صالحةً له؛ لأنَّ المعنى إذا ثبت لشيءٍ أَسْتَوَى فيه

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٣-٢٣٤، و«الكتاب» ١٤١/٣، و«المبسوط» ٦٥/٢٦،
و«الهداية» ٥٠٢/٤، و«الاختيار» ٤٧٥/٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٣، و«الكتاب» ١٤٢/٣، و«المبسوط» ٦٤-٦٥/٢٦،
و«الهداية» ٥٠٢/٤، و«الاختيار» ٤٧٧/٥.

(٣) «الأم» ٦/٦، و«التنبيه» ص ٢١٤، و«الوجيز» ١٢١/٢.

صغيره وكبيره، كالحديد لما وضع للقتل أَسْتَوَى فيه صغيره وكبيره؛ لثبوت المعنى للكل، فأما الخشب فليس بمهلك وضْعًا، وإنما يصير مهلكًا باعتبار حاله، وهو أنه عظيم، فنفي شبهة (عدم القصد باعتبار الأصل، وهو كونه غير موضوع للقتل، والقصد ثابت باعتبار الحال، فسمي شبهة) ^(١) العمد من هذا (الوجه) ^(٢).

قال: (ويجب به الإثم والتكفير بعق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فيصوم شهرين متتابعين، والدية المغلظة على العاقلة).

أما الإثم؛ فلأنه قتل عن (غير) ^(٣) قصد منه، وأما الكفارة، فلشبهه بالخطأ، وهي عتق رقبة مؤمنة؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ ^(٤) [النساء: ٩٢].

فإن لم يجد فيصوم شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيها الإطعام؛ لعدم ورود النص به، ويجزئه الرضيع الذي أحد أبويه مسلم؛ لأنه مسلم بإسلامه، والظاهر سلامة أعضائه، ولا يجزئه ما في البطن؛ لأنه مجهول الحياة والسلامة، ولا قصاص في شبه العمد؛ لأن القصاص يسقط بالشبهة؛ ولأن القصاص موجب العمد المطلق، فإذا تمكنت الشبهة فيه لم يكن عمدًا على الإطلاق.

وأما وجوب الدية المغلظة على العاقلة؛ فلاجماع الصحابة ^(٥) رضي الله عنهم.

(١) ساقطة من (ب).

(٢) من (ب) و(ج). (٣) من (ب).

(٤) «المبسوط» ٢٦/٦٥-٦٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٤٣، و«الهداية» ٤/٥٠٢، و«الاختيار» ٥/٤٧٨، و«درر الحكام» ٢/٩٠.

(٥) «الإجماع» لابن المنذر ص ١٥١، و«موسوعة الإجماع» ١/٤٠٩.

على ذلك، وإن اختلفوا في كيفية التغليظ على ما يأتيك إن شاء الله تعالى. والأصل أن كل دية تجب بالقتل ابتداءً، لا لمعنى يحدث من بعد، فذلك على العاقلة؛ لأن الأصل في وجوب الدية بالقتل حالة الخطأ إنما كان لمعنى التخفيف، والترفيه بما يمكن من العذر في فعله وفي شبه العمد، وقد تمكن العذر في فعله أيضاً من الوجه الذي ظهر الخلل في قصده من قبل الآلة، فأمكن النظر له / ٨٩ب / بالإيجاب على العاقلة، وتجب في ثلاث سنين؛ لقضية عمر رضي الله عنه (١).

قال: (ويكون عمداً فيما دون النفس).

لأن قصد إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلات، وما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة، فبقي المعتبر تعمد الضرب وقد (وجد) (٢) فكان عمداً (٣).

قال: (وإذا رمى غرضاً فأصاب آدمياً أو من يظنه حربياً، فإذا هو مسلم؛ فقد أخطأ فلا إثم، وتجب الكفارة والدية على العاقلة).

الخطأ على نوعين: خطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، وخطأ في القصد وهو أن يرمي من يظنه حربياً فإذا هو مسلم، أو صيداً، فإذا هو آدمي، وحكمهما واحداً، فلذلك جمعهما في الكتاب، ولا إثم في

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٣-٢٣٤، و«الكتاب» ٣/ ١٤٢، و«الهداية» ٤/ ٥٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٨.

(٢) في (ب): (قصد ذلك).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٤، و«الكتاب» ٣/ ١٤٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٣٤، و«الهداية» ٤/ ٥٠٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٨.

الخطأ - يعني: إثم القتل - فأما (الفعل) ^(١) في نفسه (فلا) ^(٢) يخلو عن الإثم من حيث ترك العزيمة، والمبالغة في التثبيت، والكفارة شرعت في الخطأ لهذا المعنى.

وأما الدية فلقوله تعالى: ﴿فَدِيَّةٌ مِّمَّا سَلَمتُ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢]، وهي على العاقلة لما بينا ^(٣) ولما يأتيك في الديات.

قال: (وإذا أنقلب النائم على غيره فقتله أجري مجراه).

هذا القسم ملحق بالخطأ في جميع أحكامه، وهو أن ينقلب النائم على آخر فيقتله؛ لأنَّ النائم لا قصد له، فلا يوصف فعله بالعمد، ولا بالخطأ إلا أنه في حكم الخطأ لحصول الموت بفعله كالخاطئ ^(٤).

قال: (وإذا حفر بئراً أو وضع حجراً في غير ملكه، فعطب به إنسانٌ وجبت ديتُهُ على العاقلة لا غير، ويضمن غير الآدمي من ماله).

هذا هو القسم الخامس وهو القتل بالتسبيب، وذلك أن يضع حجراً في غير ملكه، أو يحفر بئراً في غير ملكه، وإنما تجب الدية على العاقلة؛ لأنَّ الشرع أنزله موقعاً (ودافعاً) ^(٥) من حيث تسبب للإتلاف؛ ولأنَّ العاقلة تعقل

(١) في (ب): (القتل).

(٢) في (ج): (فلأنه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٤٢/٣، و«المبسوط» ٦٦/٢٦، و«الهداية» ٥٠٢/٤، و«الاختيار» ٤٧٨/٥.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥١، و«الكتاب» ١٤٣/٣، و«الهداية» ٥٠٣/٤، و«الاختيار» ٤٧٨/٥.

(٥) في (ب): (واقعا).

الخطأ تخفيفاً على القاتل مخافة استئصال ماله، والتسبيب^(١) دون الخطأ في الجناية، فكان أولى بالتخفيف، وإنما يضمن غير الآدمي كالأموال والعروض والحيوان وغير ذلك من ماله؛ لأن العاقلة لا تعقل الأموال، وهذا الحكم ثابت في جميع فروع القتل بالتسبيب، ويعتمد ضمان التسبيب وصف التعدي، وقد نبه عليه بقوله: (في غير ملكه)^(٢)؛ لأن صنعه في ملكه مشروع ومأذون له فيه، فلم يكن متعدياً، فلا يجب ضمان ما تلف به، ولا تتعلق به الكفارة ولا حرمان الإرث عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: يلحق بالخطأ في حق أحكامه؛ لأن الشرع جعله قاتلاً بهذا الفعل، فيوفر عليه أحكام القتل.

ونحن نقول: القتل معدوم منه حقيقة؛ لأن التصرف لم يوجد منه في المتلف، وإنما وجد في محل آخر، فالحاق المسبب بالمباشر على خلاف الأصل في إيجاب الضمان، فبقي في حق الكفارة، وحرمان الإرث على الأصل، ولو سقاه سمًا فقتله فهو مسبب لعدم المباشرة؛ ولأن ذلك ليس بموضوع للقتل، فإنه يختلف باختلاف الأمزجة. ولو دفع إليه فشربه هو فلا شيء عليه ولا على عاقلته؛ لأنه هو الذي قتل نفسه، والحكم ينقطع عن السبب إذا أمكنت الإضافة إلى العلة، فالتحقق بالموقع نفسه في البئر^(٣).

(١) في (ب): (التسبب).

(٢) من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٢-٢٥٣، و«الكتاب» ١٦٢/٣، و«المبسوط» ٦٨/٢٦، و«الهداية» ٥٠٣/٤، و«الاختيار» ٤٧٨/٥.

قال: (ويحرم الميراث بالكلِّ إلا بالتسبب).

لقوله ﷺ: « لا ميراث لقاتلٍ »^(١)، والمسبب ليس بقاتل ولا متهم؛ لأنه لا يعلم أن مورثه يقع في البئر. وفي شبه العمد القتلُ موجودٌ فيتعلق به الحرمانُ، والشبهة أثرها في إسقاطِ القصاص.

وفي الخطأ نوعٌ إثمٍ كما بيَّناه، ولذلك وجبت الكفَّارةُ فيه، فيتعلق به الحرمانُ^(٢).

قال: (ونجعلُ عمدَ الصبي والمجنونِ (والمعتوه)^(٣) خطأً؛

فنوجبُ الديةَ على عاقلتهما، لا في مالهما،

ولا نحرّمهما الميراثَ، ولا نوجبُ عليهما الكفارة).

عمد الصبي والمجنونِ والمعتوه خطأً، وفيه الديةُ على العاقلة.

وقال الشافعي^(٤) ﷺ: هو عمدٌ والديةُ في مالهم؛ لأنَّه عمدٌ حقيقةً؛

لأنَّه عبارة عن القصدِ، غير أنَّه يختلفُ أحدُ حكمي العمدِ، وهو

القصاصُ؛ لأنَّ هؤلاء ليسوا من أهلِ العقوبة، فيتعين حكمه الآخر وهو

الوجوبُ في ماله؛ ولهذا قال بوجوبِ الكفارةِ وبالحرمانِ عن الإرثِ؛

لتعلقهما بالقتل.

(١) رواه الترمذي (٢١٠٩)، وابن ماجه (٢٦٤٥) من حديث أبي هريرة بلفظ: «القاتل

لا يرث»، وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه» (١٦٧١).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ١٤٢، و«الكتاب» ١٤٢/٣، و«المبسوط» ٦٨/٢٦،

و«الهداية» ٥٠٢-٥٠٣، و«الاختيار» ٤٧٩/٥.

(٣) من (ب).

(٤) «الأم» ٥/٦، و«المهذب» ١٧٤/١، و«تكملة تكملة المجموع» ١١/٢٠.

ولنا^(١): ما روي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته.
وقال (محمد)^(٢): عمدته وخطؤه سواء، والصبا مظنة المرحمة،
والعاقل الخاطيء لما أستحق التخفيف ووجبت الدية على العاقلة،
فالصبي والمجنون - وهو أعذر - أولى بهذا التخفيف، وعمديته حقيقة
ممنوعة؛ لأنها تترتب على العلم، والعلم على العقل، والمجنون عديم
العقل، والصبي (قاصر)^(٣)؛ فلا يتحقق منهما، وصار كالنائم، ولما لم
يكونا من أهل العقوبة لم يحرم الميراث؛ لأن الحرمان عقوبة، وكذلك
لم تجب الكفارة؛ لأنها شرعت زاجرة سائرة، ولا ذنب عليهما؛ لأن
القلم مرفوع عنهما.

قال: (ويقتص من حر لعبد، ومسلم لدمي، ولا يقتلان
بمستأمن).

يُقتل الحرُّ بالعبد، (كما يُقتل العبد بالحر)^(٤)، وقال الشافعي^(٥): لا يُقتل
الحرُّ بالعبد^(٦). وكذلك يُقتل المسلم بالذمي الذي يؤدي الجزية.
وقال الشافعي رحمته الله: لا يُقتل به.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٢٩، و«الكتاب» ١٤٢/٣، و«المبسوط» ٨٦/٢٦،
و«الهداية» ٥٠٨/٤، و«الاختيار» ٤٨١/٥، ٤٩٦-٤٩٧.

(٢) أخرجه عبد الرزاق ٧٠/١٠، ح ١٨٣٩٤، والبيهقي ٦١/٨.

(٣) في (ب) و(ج): (قاصره).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٠، و«الكتاب» ١٤٣/٣-١٤٤، و«المبسوط» ٢٦/
١٢٩-١٣٠، و«الهداية» ٥٠٣/٤، و«الاختيار» ٤٧٩/٥-٤٨٠.

(٥) «الأم» ٢٦/٦، و«المهذب» ١٧٥/١، و«روضة الطالبين» ٣٠/٧، و«تكملة
المجموع» ١٢/٢٠.

(٦) ساقطة من (ب).

وأجمعنا على أن المسلم والذمي لا يقتلان بالكافر المستأمن إلا رواية عن أبي يوسف^(١) / ١٩٠ / فإنه قال: يُقتل المسلم بالمستأمن اعتباراً بذى العهد، وكذلك الذمي. وسيأتي الجواب عنه.

وللشافعي رحمته الله في الأولى قوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. وهذا تفسير لما شرع في جنس القتل، فوجب أن يدل على الحصر، فانتفى جواز قتل الحر بالعبد ضرورة هذه المقابلة؛ ولأن مبنى القصاص على المساواة، وهي منفية بين المالك والمملوك؛ ولهذا لا يُقطع طرف الحر بطرفه، بخلاف العبد بالعبد؛ لأنهما يتساويان، وبخلاف العبد يُقتل بالحر؛ لأنه تفاوت إلى نقصان، وفي الثانية قوله رحمته الله: «لا يُقتل مسلم بكافر»^(٢)؛ ولأن القصاص يعتمد المساواة، وهي غايته نظراً إلى اختلاف سببي عصمة المسلم والذمي والحر والعبد في القوة والتأثير. فإن الإسلام أقوى سبباً في ثبوت العصمة من (الذمة)^(٣)، وكذلك ما به شرف الحرية وهي الآدمية أقوى ما (هو)^(٤) سبب العصمة في (العبد)^(٥) وهو المالية، وإذا تفاوتت العصمة أنتفى التساوي، فلا يُشرع القصاص، ولأن الكفر مبيح للقتل في الجملة؛ لكونه من أعظم الجنايات، وإنما سقط القتل في الذمي بعارض عقد الذمة، فكانت العلة مورثة شبهة مؤثرة في سقوط القصاص عن المسلم بقتله. ولنا في الأول قوله تعالى: ﴿الْأَنْفُسَ بِالنَفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وهي ناسخة لآية البقرة في قول جمع من السلف، والمائدة محكمة كلها، وعلى أنها غير

(١) «المبسوط» ١٣٣/٢٦، و«الاختيار» ٤٨٠/٥.

(٢) رواه البخاري (١١١) من حديث علي.

(٣) في (ب): (الذمية)، وفي (ج): (الذمي).

(٤) في (ب): (به). (٥) في (ب): (العمد).

منسوخة فلا دلالة فيها على التخصيص؛ لأنَّ العبد يُقتل بالحرِّ، والذكر بالأنثى، والأنثى بالذكر، فلم تَبْقَ حجةٌ في التخصيص على أنَّ سبب نزولها يظهر المراد بها وهو ما كان أوس وبنو النضير يتفاضلون بني قريظة وخزرجًا ويقتلون الحر من أحدهم بالعبد من الآخر، والذكر بالأنثى، والعشرة بالواحد، وأرادوا مثل ذلك في الإسلام، فنهوا عنه؛ ولأنَّ العصمة بينهما ثابتة على السواء؛ لاستوائهما في التكليف أو الدار، والمالية لا تحلُّ بالعصمة، وإذا أَسْتَوِيََا في العصمة جرى القصاص بينهما، وإنما لم يجز في الأطراف؛ لما يأتي إن شاء الله تعالى.

ولنا: في الثانية قوله ﷺ: «إنما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا»^(١)، ومن المشهور أنه ﷺ قتل مسلماً بدميٍّ وقال: «أنا أحقُّ مَنْ وَفَّى بذمته»^(٢)؛ ولأنَّ القصاص يعتمد المساواة، وهي ثابتة نظرًا إلى التكليف أو الدار، والكفر إنما يكون مبيحًا في حقِّ المحارب دون المسلم، والذميُّ محقون الدم على التأبيد كالمسلم، وهذه العصمة المؤبدة مما تنفي قيام شبهة الإباحة؛ لأنها لو ثبتت بوجه ما أنتفت شرعية القصاص بقتله مطلقًا، إذ المعنى القائم بالمحل لا يختلف باختلاف القاتل، ولهذا لو قتله ذميٌّ وجب القصاص، وإنَّما كان الكفر مبيحًا للقتل لا بذاته، ولكن بواسطة كونه باعثًا على الحراب؛ لأنَّ الأصل في تجزئة الأفعال تأجيلها إلى دار الجزاء،

(١) ذكره في «نصب الراية» ٣/٣٨١، و«الدراية» ٢/١١٥ عن علي موقوف، وقال الحافظ: لم أجده هكذا.

(٢) رواه الدارقطني ٤/١٣٤-١٣٥ من طريق ابن البيلماني عن ابن عمر مرفوعًا، وعن ابن البيلماني مرسلاً. ثم قال: وابن البيلماني ضعيف لا تقوم به حجة.

وما قُدِّمَ منها ما قُدِّمَ إلَّا لدفع الضررِ اللاحقِ بالعباد، (والضررُ اللاحق) ^(١) بالكفر ليس إلَّا أنه باعث على الحرابِ، فإذا أُنْتَفَى ذلك بعقدِ الذمة لم يبقَ مبيحًا، ألا ترى أن كفر المرأة لا يبيح قتلها؛ لأنَّها لا تستعد للمحاربة بأصل الخلقة، وإذا أُرْتَفَعَت الإباحةُ ثبتت العصمةُ على الإطلاقِ، وإذا أَسْتَوِيَ فيه ترتب القصاص عليه، وتبين بما قرَّرْنَا أن المراد بقوله ﷺ: « لا يُقتل مسلم بكافرٍ » ^(٢)، أي: حربي مستأمن؛ ولهذا عطفَ على المسلم قوله: « ولا ذو عهدٍ في عهده » ^(٣)، أنه لا يقتل مسلم ولا ذو عهد في عهده بكافر حربي، وإنَّما لا يُقتل المسلم والذمي بالمستأمن؛ لأنَّ كفره باعث على الحرابِ، فإنَّه على عزمِ العودِ والمحاربة، فلم يكن محقونَ الدِّم على التأييدِ، وشرطُ القصاصِ العصمةُ المؤبدةُ فقامت الشبهة المانعةُ عن القصاصِ، وهذه من الزوائد.

قال: (وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ، وَالْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ، وَالصَّحِيحُ بِالْأَعْمَى وَالزَّمَنُ وَالْمَجْنُونُ).

لقوله تعالى: ﴿الْنَفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]؛ ولأنَّ القتل يصرف الروح بالإزهاق، وهم متساوون في النفسية، ولأنَّا لو أَعْتَبَرْنَا العصمةَ فيما وراء العصمة من الأطراف والأوصافِ لامتنع القصاص، ولعَادَ على المشروع بالنقض ^(٤)، والحكم في المجنون من الزوائد.

(١) ساقطة من (ج). (٢) سبق تخريجه.

(٣) رواه أبو داود (٢٧٥١)، وأحمد ٢/ ١٨٠، وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٦٧١٢)، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ص ٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٤٤، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٣٩، و«الهداية» ٤/ ٥٠٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٠.

قال: (ولا بعبده وعبده ولده، ومكاتبه ومدبره، وأم ولد، ولا والد وإن علا بولده وإن سفل، ولم يقتصوا منه لو ذبحه).

أما العبد؛ فلقوله ﷺ في رواية عمر رضي الله عنه: «لا يقاد والد بولده»^(١) ولا سيد بعبده»^(٢)؛ ولأنه لو وجب القصاص لوجب له، ويستحيل أن يجب له على نفسه قصاص، وكذلك إذا كان القاتل مالكا لبعض العبد؛ لأن القصاص لا يتجزأ، فإذا سقط في البعض سقط في الكل، وأما المكاتب والمدبر وأم الولد؛ فلأنهم في معنى العبد، والحكم في أم الولد من الزوائد. وأمّا الولد فلما روي.

ومعنى قوله: (وإن علا) أي: لا يقتل الجد فصاعداً / ٩٠ب/ سواء كان من قبل الرجال أو النساء، وقوله: (وإن سفل)؛ ليشمل ولد الولد، ويدخل في إطلاق الوالد^(٣) الأم والجدة من قبل الرجال والنساء^(٤)، وهذا (لأن الولد جزء من الوالد)^(٥) فإنه أصله، وإهلاك الأصل بسبب الفرع غير مشروع، وهكذا إهلاك الأصل بالجزء، والأجداد والجندات كانوا أسباب وجوده، فينزلوا منزلة الأب والأم، وقوله: (وإن علا) (وإن سفل) من الزوائد^(٥).

(١) ساقطة من (ج).

(٢) رواه الترمذي (١٤٠٠)، وابن ماجه (٢٦٦٢)، وأحمد ١/ ٢٢، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٢١٤) وليس فيه قوله: «ولا سيد بعبده».

(٣) في (ب): (الولد).

(٤) في (ج): (لأن الوالد خير من الولد).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣١، و«المبسوط» ٢٦/ ٩٠-٩١، و«الهداية» ٤/ ٥٠٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٠-٤٨١.

وقد أشار إلى خلاف مالك رحمته الله ^(١) بقوله: ولم يقتصوا منه لذبحه فإن الوالد إذا ذبح ولده يقتص منه عنده بخلاف ما لو قتله بالسيف، والفرق أن الشبهة في عدم العمدية بالسيف قائمة وهو أنه قد يقصد بتحريك السيف عليه تأديبه طلباً للانزجار، ثم يتحرك الولد فيصيبه السيف، بخلاف الذبح؛ لانتفاء هذه الشبهة. ولنا ما رويناه، والعمدية تثبت نظراً إلى الآلة المستعملة في إزهاق الروح ^(٢).

قال: (ونوجب الدية في ماله في ثلاث سنين لا في الحال).

أما وجوبها في ماله؛ فلما مرَّ أن العاقلة لا تعقل عمداً، وأما التأجيل إلى ثلاث سنين فمذهبنا ^(٣).

وقال الشافعي رحمته الله ^(٤): تجب في الحال؛ لأن الأصل فيما وجب بالإتلاف أنه يجب حالاً، والتأجيل يعارض التخفيف في حق الخاطئ، وهذا عامد فلا يستحقه.

ولنا: أنه مال واجب بالقتل فوجب أن يكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد؛ وهذا لأن القياس يأبى تقوُّم الآدمي؛ لعدم المماثلة بين النفس والمال، لكنه ثبت شرعاً وقد ورد به مؤجلاً فلا يعدل عنه.

(١) «الكافي» ص ٥٨٨-٥٨٩، و«عقد الجواهر الثمينة» ٢٣٢/٣-٢٣٣، و«بداية المجتهد» ٧١٠-٧١٢/٢، و«التلقين» ٤٦٤-٤٦٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣١، و«الكتاب» ١٤٤/٣، و«المبسوط» ٩٠-٩١/٢٦، و«الهداية» ٥٠٤/٤.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٦١/٣، و«المبسوط» ٩٢/٢٦، و«الهداية» ٥١٢/٤، و«الاختيار» ٤٧٦/٥.

(٤) «الأم» ١١٢/٦، و«المهذب» ٢١٣/٢، و«الوجيز» ١٤٠/٢، و«تكملة تكملة المجموع» ١٨٦/٢٠.

قال: (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط).

لأن الولد لا يثبت له قصاص على الأب^(١) فيسقط بحرمة الأبوة^(٢).

قال: (ويقتص من العبد إذا أقر بالعمد).

لأن هذا الإقرار من العبد لا تهمة فيه؛ لكونه عائدًا عليه بالضرر فيقتل، وهو يجري على (أصل)^(٣) الحرية باعتبار الآدمية فيما يرجع إلى الدّم؛ ولهذا لا يقبل إقرار المولى عليه بحد ولا قصاص، وإن كان هذا الإقرار يصادف حق المولى، لكن ذلك ضمنى لا قصدي فلم تجب مراعاته^(٤).

قال: (ومن جرح عمدًا فمات المجروح منها أقتص منه).

إذا جرح رجل رجلًا عمدًا فلم يزل صاحب فراش حتى مات في تلك الجراحة - أي: لم يعرض له عارض آخر يضاف الموت إليه ظاهرًا - فعليه القصاص؛ لوجود السبب وعدم ما يبطله^(٥).

قال: (ولو رمى عمدا فنفذ إلى آخر فماتا وجب القصاص للأول، والدية للثاني).

أمّا الأول؛ فلأنه عمد، وأمّا الثاني؛ فلأنه أحد نوعي الخطأ؛ لأنه بمنزلة من رمى غرضًا فأصاب غيره، فتجب الدية فيه على العاقلة،

(١) في (ب): (أبيه).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣١، و«الكتاب» ٣/١٤٤-١٤٥، و«الهداية» ٤/٥٠٤، و«الاختيار» ٥/٤٨١، و«درر الحكام» ٢/٩٤.

(٣) من (ب)، و(ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٠-٢٣١، و«الكتاب» ٣/١٥١، و«المبسوط» ٢٦/١٣١، و«الهداية» ٤/٥١٤.

(٥) «الكتاب» ٣/١٤٦، و«الهداية» ٤/٥٠٧، و«الاختيار» ٥/٤٨١.

وهذا الفعل - وهو الرمي - وإن كان واحدًا إلا أنه تعدد حكما بتعدد أثره، فيتعدد موجب^(١).

قال: (ويستوفيه بالسيف لا بما قتل به).

مذهب الشافعي رحمته الله^(٢) أن القاتل يستوفى منه بمثل ما فعله في المقتول إن كان فعلًا مشروعًا، فإن مات وإلا جرت رقبته حتى لو كان قطع (يده)^(٣) فمات، فالولي يقطع يد القاطع، فإن مات من القطع وإلا (جز)^(٤) رقبته؛ لأن القصاص يستدعي المماثلة.

وعندنا: لا يقتص إلا بالسيف، وما جرى مجراه في إزهاق الروح؛ لقوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف»^(٥)، والمراد السلاح وما يجري مجراه في القتل نقلًا عن أئمة الحديث؛ ولأن فيما ذهب إليه أستيفاء الزيادة بتقدير عدم حصول المقصود، بمثل ما فعل وهو جز الرقبة، فيتحرز عنه كما في (كسر العظم)^{(٦)(٧)}.

(١) «الكتاب» ١٥١/٣، و«الهداية» ٥١٤/٤، و«الاختيار» ٤٨٣/٥، و«درر الحكام» ٩٠/٢.

(٢) «الأم» ٦٢/٦، و«المهذب» ١٨٧/٢، و«روضة الطالبين» ٩٦-٩٧/٧، و«تكملة تكملة المجموع» ٥٦/٢٠.

(٣) في (ب): (يديه).

(٤) في (ج): (جزت).

(٥) رواه ابن ماجه (٢٦٦٧)، وضعفه الألباني في «ضعيف ابن ماجه» (٢٢٢٩).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٤٥/٣، و«المبسوط» ١٢٢/٢٦، و«الهداية» ٥٠٤/٤، و«الاختيار» ٤٨١/٥.

(٧) في (ب): (كسر لحم العظم).

قال: (وإذا قتل مكاتب عن وفاءٍ وله مولى أستوفاه مولاه
ومنعه أو ورثه، فلا قصاص، وإن اجتمعوا معه).

هاتان مسألتان:

الأولى: إذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى، وقد ترك
وفاء فللمولى أستيفاء القصاص عند أبي حنيفة^(١) وأبي يوسف^(٢).

وقال محمد^(٣) رحمهم الله: لا أرى في هذا قصاصاً، وإنما (سقط)^(٤)
قيد العمدية اختصاراً؛ لدلالة أستيفاء القصاص عليه.

لمحمد ﷺ أنه (اشتبه)^(٥) سبب الأستيفاء، فإنه إن (مات حرّاً فهو)^(٦)
الولاء أو عبداً فهو الملك؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في المكاتب يموت
عن وفاء، فقال بعضهم: يموت عبداً وتبطل الكتابة.

وقال بعضهم: يؤدي بدل الكتابة من (أحكام)^(٧) أكسابه، ويحكم بعقه
في آخر جزء من أجزاء حياته، ففي الأول يجب القصاص / ٩١ / للمولى
بالمالك، وفي الثاني يجب للمقتول ثم ينتقل بالولاء إلى المولى، ومع
الاشتباه لا يمكن القضاء بشيء، وصار كمن قال لغيره: بعني هذه

(١) «الكتاب» ١٤٥/٣، و«الهداية» ٥٠٥/٤، و«الاختيار» ٤٨٢/٥، و«تكملة فتح
القدير» ٢٢٢/١٠.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «الكتاب» ١٤٥/٣، و«المبسوط» ١٢٢/٢٦، و«الهداية» ٥٠٤/٤، و«الاختيار»
٤٨٢/٥.

(٤) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، وفي (ج): (أسقط).

(٥) في (ب): (أشبه).

(٦) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٧) من (ب).

الجارية بكذا. فقال: زوجتكها. لا يحل له وطؤها؛ لاختلاف السبب، كذا هذا، وكما لو ترك وارثاً آخر.

ولهما: أن حق الأستيفاء له مطلقاً حرّاً مات أو عبداً، والمستوفي وهو المولى معلوم، والحكم وهو القود واحد. واختلاف سبب الأستيفاء لا يفضي إلى المنازعة، ولا إلى اختلاف حكم ليمنع من ترتب الحكم على السبب، فلم يبال به، بخلاف ما أستشهد به لاختلاف حكم ملك اليمين وحكم ملك النكاح.

المسألة الثانية: إذا ترك وفاءً وترك ورثة غير المولى فلا قصاص لهم، وإن اجتمعوا مع المولى؛ لأن من له الحق ههنا مشتبّه؛ لأنّه إن مات عبداً فالحق للمولى، وإن مات حرّاً فللورثة؛ وهذا لاختلاف الصحابة^(١) في موته على الحرية أو الرقبة. وإذا أشتبّه وليّ الحق تعذر أستيفاءه بخلاف المسألة الأولى؛ لأن صاحب الحق فيها واحد معلوم^(٢).

فرعان: فلو قتل عن غير وفاء ولا وارث إلا المولى فالقصاص له؛ لأنه مات عبداً إجماعاً، وإن كان له ورثة أحرار وجب القصاص للمولى أيضاً بالإجماع؛ لأنّه مات عبداً بيقين لانفساخ الكتابة، بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء؛ لأنّ العتق في البعض لا يفسخ بالعجز.

(١) «المبسوط» ١١٢/٢٧، و«الهداية» ٥٠٥/٤.

(٢) «الكتاب» ١٤٥/٣، و«المبسوط» ١١٢/٢٧، و«الهداية» ٥٠٥/٤، و«الاختيار»

قال: (أو أعتقه مولاه بين القطع والسراية وهو الوارث حكم بالأرث والنقصان وهما بالقصاص).

رجل قطع يد عبد غيره عمدًا، ثم أعتق مولى العبد (العبد)^(١)، ثم سرى إلى النفس فمات العبد من القطع، ووارثه مولاه لا غير، فله أن يقتص عند أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسف^(٢) رحمهما الله، فيقتل القاطع^(٣) قصاصًا.

وقال محمد ﷺ^(٤): له أرش يده، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه -والتنبيه على النقصان من الزوائد- حتى إذا كانت قيمته وقت القطع مائة وعادت بالقطع إلى خمسين، ثم صارت لتواتر الألم والضعف عند العتق ثلاثين، يجب على القاطع سبعون، وما بقي من القيمة سقط بالإعتاق، وهذه المسألة والاختلاف فيها نظير سابقتهما، فإن عند محمد ﷺ لا يجب القصاص؛ للتردد في سبب الأستيفاء، وعندهما يجب؛ لأنَّ المستوفي وهو المولى واحد، وهو معلوم بخلاف ما إذا كان له وارث آخر غير المولى للتردد في المستوفي.

قال: (أو عبد مرهون لم يستوف حتى يجتمع الراهن والمرتهن).

(لأنَّ المرتهن لا ملك له فيه فانتفت ولايته، والراهن الذي ملكه قائم

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٦، و«الهداية» ٥٥٨/٤، و«الاختيار» ٤٨٨/٥، و«درر الحكام» ١١٧/٢.

(٣) في (ب): (القاتل).

(٤) «الهداية» ٥٥٨/٤، و«الاختيار» ٤٨٨/٥، و«درر الحكام» ١١٧/٢.

فيه لو تولى أستيفاء القصاصِ بطلَ حقُّ المرتَهِنِ^(١) في الدَّيْنِ، فوجبَ اجتماعُهما ليسقطَ حقُّ المرتَهِنِ برضاه، فلا يرجع على الراهنِ^(٢).

قال: (ولكبار الورثة الأستيفاء، وقالوا: حتى يبلغ الصغار القصاص).

إذا كان بين صغارٍ وكبارٍ فللكبارِ أستيفاءُ في الحال من غير أن ينتظر بلوغَ الصغار عند أبي حنيفة^(٣).

وقالوا^(٣) رحمهم الله: ليسَ لهم ذلك حتى يبلغوا؛ لأنَّه حقٌّ مشتركٌ بينهم فلا ينفردُ بعضهم باستيفائه كما لو كان بين حاضرٍ وغائبٍ. وله: أن القصاصَ لا يتجزأ؛ لأنَّ سببه لا يتجزأ، وقد ملكه الورثةُ كذلك فيثبتُ لكل واحدٍ منهم على الكمالِ كأنَّه منفردٌ به، كما في ولاية الإنكاحِ الثابتة بين الأولياءِ المتساويين في الدرجة، وهذا لأنَّ أحدَ الوليين لو بادرَ إلى الأستيفاءِ بغير (إذن)^(٤) الآخر لم يضمن له شيئاً بخلافِ الغائبِ؛ لأنَّ إمكانَ عفوهِ قائمٌ؛ فيكونُ فعلُ الحاضرِ إراقةً لدم معصومٍ لأنَّ الحقَّ وإن ثبتَ لكل منهما كمالاً، إلَّا أنَّ العفو الصحيح من أحدهما (بمنزلة من القتل)^(٥) نفسه في حقِّ سقوطِ القصاصِ، فهذا الاحتمالُ مانعٌ من تفردِ الحاضرِ بالاستيفاءِ ولا كذلك في مسألتنا؛ إذ

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الكتاب» ١٤٦/٣، و«المبسوط» ١٧٤/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٣/٣، ٦٠٩، و«الهداية» ٥٠٥/٤، و«الاختيار» ٤٨١/٥-٤٨٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٩، و«المبسوط» ١٧٤/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٢/٣، و«الهداية» ٥٠٦/٤، و«الاختيار» ٤٨٢/٥.

(٤) في (ب): (عذر).

(٥) في (ب): (بمنزلة من قتل).

العفو لا يصح من الصغير فلا يكون فعل الكبير إراقةً لدم معصوم، وهذه المسألة مذكورة في «المنظومة»^(١) في كتاب الصلح وهي بهذا المكان أليق.

قال: (ولو أقام أحد وليين بيّنة بالقتل والآخر غائبٌ حُبس القاتلُ حتّى يحضر ويعيدها، والإعادة شرطٌ، وقالوا: حضوره).

قال أبو حنيفة^(٢) رَحِمَهُ اللهُ: إذا أقام أحدُ الوليين بيّنة على القاتل بالقتل مع غيبة الولي الآخر، فإنَّ القاتل يحبس حتّى يحضر الولي الآخر، فإذا حضر فلا بدّ من إعادة البيّنة لاستيفاء القصاص.

وقالوا^(٢): حضوره كافٍ، وأجمعوا أن الحاضر منهما لا يستوفي قبل حضور الآخر؛ لاحتمال عفوّه، وأجمعوا في الخطأ أنه لا يعيدها. لهما أن البيّنة قائمةٌ ممن له إقامتها / ٩١ب/ على الخصم عند القاضي، وإنّما أمتنع الاستيفاء بسبب غيبة الولي الآخر؛ تحرّزا عن إراقة الدم المعصوم لاحتمال العفو الصحيح منه، فإذا حضر أرتفع الاحتمال، فيترتب على البيّنة موجبها، وهو الاستيفاء كما لو كان القتل خطأ، وله أن القصاص حق القتل من جهة، ألا ترى أنّه لو عفا بعد الجرح صح عفوّه، ولو أنقلب مالا قضيت به ديونه ونُفِّذت منه وصاياه، وهو حقُّ الورثة من وجه، ألا ترى أنّهم لو عفوا بعد الجرح قبل الموت صحّ، ولو لم يكن حقهم لم يصح كما لا يصحّ، إبراهيم غريمه عن الدين قبل موته، فكان

(١) المنظومة لوجه (٣٧).

(٢) «المبسوط» ١٧٧/٢٧-١٧٨، و«فتاوى قاضيخان» ٤٥١/٣، و«الهداية» ٥١٨/٤، و«الاختيار» ٤٨٧/٥، و«درر الحكام» ١٠٠/٢.

الأحتياط في اشتراط إعادة البينة بخلاف الخطأ؛ لأنَّ موجه المال وهو حقُّ القتل من كل وجه؛ لكونه عوضاً عن دمه، ألا ترى أنه يصرف إلى مصالحه أولاً، كتجهيزه وتكفينه وقضاء ديونه وتنفيذ وصاياه، وليس مبناه على التغليظ حتى يثبت بشهادة النساء مع الرجال، وبالشهادة على الشهادة، ولا كذلك العمد، (وأحد الورثة)^(١) ينتصب خصماً عنه وعن باقي الورثة فيما يدعي الميت^(٢) أو يدعى عليه، فكانت البينة قائمة ممن هو خصم في هذه الواقعة، أمّا القصاص فمن حيث هو حقُّ القتل فهو كذلك من حيث هو حقُّ الورثة، لم يكن الحاضر وكيلًا عن الغائب ولا نائباً عنه فيما هو حقه، فلم تكن البينة قائمة ممن هو خصم، فلم تثبت بالشك عند حضور الغائب مكنة الاستيفاء قبل الأدعاء^(٣).

قال: (ويقتل جمع بواحد).

لما مر من العمومات؛ ولما روي أنَّ سبعة من صنعاء قتلوا واحداً فقتلهم عمر رضي الله عنه، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به، وعليه إجماع الصحابة^{(٤)(٥)}.

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (البينة).

(٣) «المبسوط» ١٧٨/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٥١/٣، و«الهداية» ٥١٨/٤، و«الاختيار» ٤٨٧/٥، و«درر الحكام» ١٠٠/٢.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣١، و«الكتاب» ١٥٠/٣، و«المبسوط» ١٢٦/٢٦ - ١٢٧، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٠/٣، و«الهداية» ٥١٢/٤، و«الاختيار» ٤٨٣/٥.

(٥) «موسوعة الإجماع» ٤٨٥/٢.

قال: (وواحدٌ بجمع ويُكتفى به).

رجل قتل جماعةً فإنه يُقتل بهم، ولا يجب لأوليائهم غير قتله^(١).
وقال الشافعي^(٢) رحمه الله: يُقتل بالأول منهم، ويجب للباقيين المال، وإن
اجتمعوا ولم يُعرف الأول قتل بهم جميعاً، وقسمت الديات بينهم، (وقيل
يقرع بينهم)^(٣) فيقتل بمن خرجت قرعته؛ لأنَّ الموجود منه عشر قتلات
مثلاً، والقتل الواحد لا يوازيها، فانتفت المماثلة المرغبة^(٤) في
القصاص، وهذا هو القياس في الفصل الأول، إلا أننا عدلنا عنه بالنص
وبحكمة الزجر والردع؛ لأنَّ القتل غالباً يقع بالتغالب فنزل كل منهم
مفرداً^(٥) بقتله حكماً والآخر كالمعين على تحصيل المقصود، وهذا
المعنى مفقود ههنا.

ولنا: أن العشرة إذا قتلوا واحداً، أعتبر كلَّ منهم مستوفياً حقه على
الكمال، (وإلا لما وجب القصاص، فكذا إذا وقع جزاء أنزل كل منهم
مستوفياً حقه على الكمال)^(٦)؛ وهذا لأنَّ إزهاق الروح لا يتجزأ، وقد
حصل عقيب اجتماعهم عليه، فلكل فعل أثر في استدعائه فأضيف إلى
كل منهم كمالاً. إلا أنَّ ههنا شبهة، وهي أنَّ القتل إذا صار مضافاً إلى

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣١، و«الكتاب» ٣/١٥٠، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٣٩،
و«الهداية» ٤/٥١٢، و«الاختيار» ٥/٤٨٣، و«درر الحكام» ٢/٩٥.

(٢) «الأم» ٢٢-٢٣، و«المهذب» ٢/١٧٥، و«روضة الطالبين» ٧/٣٧-٣٨،
و«تكملة المجموع» ٢٠/٣٠-٣١.

(٣) سقط من (ب).

(٤) في (ج): (الشرعية).

(٥) في (ب): (منفرداً).

(٦) ساقطة من (ب).

هذا لم يبقَ حتى يمكن إضافته إلى غيره، فقامت شبهة عدم الإضافة إلى كل واحد منهم، فنقول: هذه شبهة أعرض الشرع عنها، حيث حكم بوجوب القصاص عن كل واحد منهم، وإذا أعرضنا عنها في حق وجوب القصاص، فالإعراض عنها في طرف الاستيفاء أولى؛ لأن جعله مستوفياً حقه مع الشبهة أولى من إيجاب القصاص مع الشبهة.

قال: (ولا يُقتص من شريك الأب والصبي والمجنون كالخاطيء).

رجلان أشركا في قتل رجل عمداً وأحدهما أبوه أو مجنون أو صبي أو مولاه، والآخر أجنبي عاقل بالغ فلا قصاص عليه^(١).

وقال الشافعي^(٢) رحمه الله: على الأجنبي العاقل البالغ القصاص؛ لأنه شارك في قتل محقون الدم على التأبيد عمداً فيلزمه موجبها؛ لأن الموجد في المحل هو القتل الموصوف بهذه الصفة وهو موجد منهما، فكان فعل كل منهما بعض العلة، فيجب القصاص على الشريك؛ لقيام الموجب وارتفاع المانع^(٣)، وإن لم يجب على الآخر لقيام المانع.

ولنا: أن الموجد منهما قتل واحد، وأنه لا يوجب القصاص على أحدهما، فلا يوجب على الآخر؛ لعدم التجزؤ، ولا استحالة كون الشيء الواحد في المحل الواحد موجباً للقصاص (وغير موجب له)^(٤) وصار

(١) «المبسوط» ٩٣-٩٤/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤١/٣، و«الاختيار» ٤٨١/٥.

(٢) «الأم» ٣٩/٦، و«المهذب» ١٧٥/٢، و«روضة الطالبين» ٣٩/٧، و«تكملة تكملة المجموع» ٣١/٢٠.

(٣) في (ب): (الموانع).

(٤) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

كما لو كان أحدهما عامداً والآخر مخطئاً، وقد نبه في «المختصر» على أنه موضع الإجماع بجعله مقيساً (عليه، وهذه)^(١) من الزوائد.

قال: (ولو قطعاً يده بمنعه من القصاص، ويجبُ عليهما نصف الدية).

إذا أشتراكاً في قطع يد رجلٍ بأن أخذاً سكيناً (وأمرأه)^(٢) على يده حتى أنقطعت تقطع يداهما عند الشافعي^(٣) رَحِمَهُ اللهُ أَعْتَبَاراً بالأنفس، إذ الأطراف تابعة للنفوس فتأخذ حكمها، والجامع تحصيل مصلحة الزجر عن اقتراف هذه الجناية على المحل المعصوم.

وعندنا^(٤): لا يجب القصاص وعليهما نصف الدية؛ لأنَّ كلا منهما قاطعٌ بعض يده؛ لأنَّ المحلَّ قابلٌ للتجزؤ، والقطع حصل بفعلهما / ٩٢ / فيضاف إلى كل منهما بعضه ولا تماثل فلا قصاص بخلاف النفس؛ لأنَّ الجناية عليها بالإزهاق، لا تتجزأ^(٥) فينزل كل من الشريكين منزلة المنفرد بالإزهاق، وإنما تجب نصف الدية؛ لأنَّ الواجب دية اليد الواحدة، وهما قطعاه.

(١) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٢) في (ب): (وأجرياه).

(٣) «الأم» ٥٢/٦، و«المهذب» ١٨١/٢، و«روضة الطالبين» ٥٧/٧، و«تكملة تكملة المجموع» ٧٣-٧٢/٢٠.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣١، و«الكتاب» ١٥١/٣، و«المبسوط» ١٣٧/٢٦ - ١٣٨، و«الهداية» ٥١٣/٤، و«الاختيار» ٤٨٣-٤٨٥/٥.

(٥) في (ب): (وهو لا يتجزأ).

قال: (ولو قطع يميني اثنين قطعاً يمنه، واقتسما نصف الدية، ولم نوجب الدية للثاني والقطع للأول).

رجلٌ قطع يميني رجلين معاً، أو على التعاقب، فلهما أن يقطعا يمينه ويأخذا منه نصف الدية، يقتسمانه نصفين^(١).

وقال الشافعي رحمه الله^(٢): إن حصل القطع على التعاقب قطعاً للأول منهما وتعين المال للثاني، وإن حصل منهما معاً أقرع بينهما فقطع لمن خرجت قرعته، وكان المال للآخر؛ لأن الأول أستحقَّ يده، فلا يثبت أستحقاق الثاني لها كالرهن بعد الرهن. وفي القرآن اليد الواحدة لا تفي بالحقين جميعاً فرجحنا بالقرعة.

ولنا: أنهما أستويا في سبب الأستحقاق، فيستويان في الحكم كالغريمين في تركة الميت؛ ولأنَّ حقَّه في يده يظهر في حق الفعل لا في غيره، ألا ترى أنَّه لو قطعت يد القاطع ظلماً كانت الدية له، فكان الثابت له أستيفاء القطع، فظهر الملك في حق الفعل، فلم يمتنع أنعقاد القطع الثاني سبباً مع وجود الأول، فيقطع لهما وتقسم الدية بينهما؛ لأنَّه أوفى ببعض طرفه حقاً مستحقاً عليه، فصار كالسالم له، فتجب عليه الدية، أما في القتل فإذا سلَّم نفسه إليهما فقتلاه صار كلُّ واحدٍ مستوفياً حقَّه على الكمال، وهذا بخلاف الرهن؛ لأنَّ الحقَّ متعلق بالمحل، فصار كما لو قطع العبد يمينهما على التعاقب فإنَّ حقَّهما يتعلق برقبته.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣١، و«الكتاب» ١٥١/٣، و«المبسوط» ١٣٩/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٦/٣، و«الهداية» ٥١٣/٤، و«الاختيار» ٤٨٥/٥.

(٢) «الأم» ٢٢/٦، و«روضة الطالبين» ٣٨/٧.

قال: (فإن أقتصر أحدهما وحضر الآخر أخذ المال).

إذا حضر أحدهما وغاب الآخر كان لهذا الحاضر أن يستوفي ولا ينتظر الغائب؛ لأنَّ حقَّ كل واحد منهما في كل اليد، واستيفاء البعض لمكان المزاحمة، فإذا كان غائبًا أستوفى الحاضر كأحد الشفيعين إذا حضر (قُضي له)^(١) بالجميع، وللآخر إذا حضر دية يده؛ لأنَّه أوفى بذلك حقًا مستحقًا عليه، وهذا بخلاف القصاص في النفس إذا حضر أحدهما وقتله لم يجب للآخر شيء؛ لأنَّ فوات (حقه في الاستيفاء كان) (لغيبه لا تتصور)^(٢) في المحلِّ، فإنهما إذا اجتمعًا واستوفيا صار كل منهما مستوفيًا)^(٣) حقه على الكمال، فلا تجب معه الدية^(٤).

قال: (ولو قضى بهما فعفا أحدهما قبل الاستيفاء، أوجب للعافي نصف الدية، وللآخر كلها، وقالوا: له القصاص).

رجلٌ قطع يمينيَّ رجلين فقضى القاضي بقطع يمينه قصاصًا، وبأرش يد يقتسمانه بينهما، ثم عفا أحدهما، فلآخر أن يقتصر عند أبي حنيفة^(٥) وأبي يوسف^(٥).

(١) في (ب): (له الأخذ).

(٢) في الأصل: كان لغيبته لا لقصور، والمثبت من (ب).

(٣) سقط من (ج).

(٤) «الكتاب» ١٥١/٣، و«المبسوط» ١٣٩/٢٦-١٤٠، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٦/٣، و«الهداية» ٥١٣/٤-٥١٤، و«الاختيار» ٤٨٥/٥.

(٥) «المبسوط» ١٤١/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٦/٣، و«الهداية» ٥١٣/٤-٥١٤، و«الاختيار» ٤٨٥/٥.

وقال محمد^(١) رحمهم الله: للآخر عليه أرش اليد دون قصاصها؛ لأنَّ القصاصَ والأرشَ مشترك بينهما بالقضاء، ومن ضرورته بطلان حق كلِّ منهما في كل القصاص، كالقضاء بالشفعة للشفيعين إذا سلَّم أحدهما بعد القضاء لا يأخذ الآخر إلاَّ نصفها، فكذا ههنا يسقط حق كلِّ منهما في نصف القصاص، فإذا عفا أحدهما أنقلب نصيب الآخر مآلاً، فيستوفي أرش اليد، كاملاً (والعافي)^(٢) يستوفي نصف الأرش الذي كان قد قضى القاضي بينهما، ولهما أنَّ الإمضاء من القضاء في باب العقوبات - لما يأتيك في الحدود إن شاء الله تعالى - فكان العفو قبل (الإمضاء كالعفو قبل القضاء، ولو كان العفو قبل)^(٣) القضاء فلا آخر القصاص، فكذا هنا بخلاف الشفعة؛ لاختلاف حال التسليم بعد القضاء وقبله^(٤).

تفريع: ولو قضى القاضي بالدية، وقبضاها ثمَّ عفا أحدهما لم يكن للآخر القصاص؛ لأنَّهما بقبض الدية ملكاها، ومن ضرورته أن لا يبقى الحق في كل اليد، فلا يثبت له أستيفاء كل اليد بعد عفو الآخر، وكذلك لو أخذ بالدية رهناً؛ لأنَّ الثابت في باب الرهن يد الأستيفاء، فصار قبض الرهن كقبض الدية، ولو أخذ بالدية كفيلاً ثمَّ عفا أحدهما فلا آخر القصاص؛ لأنَّ الكفالة توثق وليس فيه معنى الأستيفاء، فبقي الحكم في الكفالة على ما كان من قبل^(٥).

(١) «المبسوط» ١٤١/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٦/٣، و«الهداية» ٥١٣/٤-٥١٤، و«الاختيار» ٤٨٥/٥.

(٢) في (ج): (والثاني).

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «الكتاب» ١٥١/٣، و«المبسوط» ١٤١/٢٦.

(٥) «المبسوط» ١٤٣/٢٦.

قال: (ولا يجري القصاصُ في الأطرافِ بين العبيد، ولا بين الرجل والمرأة، ونجريه^(١) بين المسلم والذمي).

الأصل في هذا أن التساوي في الأرضِ شرطُ جريانِ القصاصِ فيما دونَ النفس، وعند الشافعي^(٢) رَحِمَهُ اللهُ (ليس بشرط؛ لأنَّ الأطراف تابعة للأنفس، ففي)^(٣) كل موضع جرى القصاص فيه بين الأنفس يجري في الأطراف، (إلا)^(٤) في فصل واحد، وهو أن الصحيح يقتل بالأشل ولا يقطع به؛ لاستوائهما في الروح، واختلافهما في القطع؛ لأنَّ محلَّ القطع لا تساوي فيه بينهما؛ لأنَّ الشلاء ٩٢/ب لا معنى لها، ونحن نسلك بالأطراف مسلِكَ الأموال؛ لأنَّ الشرع قومها، فكانت قيمة اليد معناها شرعاً، فإنَّ ما لا قيمة له كالذي لا معنى له، فصار التفاوت في المعنى الشرعي كالتفاوت في المعنى الحسي الذي هو البطش، إلا أنَّ التفاوت في البطش غير مقدر؛ لأنَّه غير معلوم، فاعتبر فيه أضل السلامة وسقط اعتبار التفاوت.

وأما التفاوت من حيث القيمة فمعلوم قطعاً، فيمنع ذلك من أستيفاء القصاص، وهذا بخلاف القصاص في النفس؛ لأنَّ التفاوت في النفس لا يمنع القصاص؛ لأنَّ الدية بدل عن الأجزاء، وليست بدلاً عن الروح، والقصاص في النفس محله الروح، ولا يُقال: إنَّ التفاوت المعنوي مما يمنع أستيفاء الأكمل بالأنقص، ولا يمنع أستيفاء الأنقص

(١) في (ب): (ونجزه).

(٢) «الأم» ٥٣/٦، و«المهذب» ١٨٢/٢، و«روضة الطالبين» ٦٥/٧، و«تكملة المجموع» ٦٦/٢٠.

(٣) ساقطة من (ب). (٤) في (ب): (لا).

بالأكمل، فإنَّ الأشلَّ يقطع بالصحيح إذا رضي صاحبُ الحقِّ، وههنا لا تقطع يدُ الأنثى بالذكر، ولا يد العبد بالحرِّ وإن رضي من له الحقُّ بهذا النقصان؛ لأنَّا نقول: شرع القصاص في الأصل يعتمد المساواة، فإن كان النقصان أصلياً منع شرعية القصاص، وإن كان عارضياً مع المساواة الأصلية شرع القصاص؛ نظراً إلى المساواة الأصلية، ولم يمنع استيفاء الأنقص بالأكمل عند الرضا، وههنا التفاوت بين الذكر والأنثى ثابتٌ بأصل التخليق، فمنع شرعية القصاص. إذا ثبت ذلك قلنا: لا يجري القصاص في الأطراف بين الرجل والمرأة، ولا بين الحرِّ والعبد؛ لاختلافهما في القيمة وهي الدية، ولا بين العبيد؛ لأنَّه إن تفاوتت قيمتهم فظاهر، وإن تساوت فالتساوي مبنيٌّ على الظنِّ والتخمين، فلم يثبت به القصاص، ونصَّ محمدٌ^(١) ﷺ على جريان القصاص بين الرجل والمرأة في الشجاج التي تجري فيه القصاص لعدم اشتمالها على تفويت منفعة، وإنَّما فيها إلحاق الشين، وهما يستويان فيه، وأمَّا في الطرف ففيه تفويت المنفعة، وقد اختلفا فيها، ويجري بين المسلم والذمي في الطرف؛ لاستوائهما في الدية^(٢).

قال: (ومن قطع يدَ غيره من المفصلِ قطعت يده).

لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وأنَّه ينبئ عن المماثلة، فأیما أمکن رعاية المماثلة وجب فيه القصاص، وإلا فلا، وقد أمکن في القطع من المفصل ولا يعتبرُ كبر اليد وصغرهما، فإنَّ المنفعة الفائتة

(١) «الاختيار» ٤٨٤/٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣١، و«الكتاب» ٣/١٤٧-١٤٨، و«المبسوط» ٢٦/١٣٦،

و«الهداية» ٤/٥١٠، و«الاختيار» ٤٨٤/٥.

بالقطع وهي البطش لا تتفاوت^(١).

قال: (أو من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرئ منها فلا قصاص).

لأنه لا يمكن فيهما رعاية المماثلة، أما الأول؛ فلأنه كسر العظم، ولا ضابط فيه والبرء في الثاني نادر، فيفضي إلى الهلاك ظاهرًا^(٢).

قال: (ولو كانت يدُ القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع قطعها إن شاء، وإلا أخذ الأرش كاملاً).

رجل قطع يد رجلٍ عمدًا ويد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء، أو ناقصة الأصابع، فالمقطوع يده مخير، إن شاء قطع يده ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء أخذ أرش يده كاملاً؛ لأنه تعذر^(٣) استيفاء حقه كاملاً، فيخير بين أن يتجاوز بدون حقه، أو يعدل إلى العوض، كما إذا أنقطع المثلي عن أيدي الناس بعد الإتلاف، وإذا أستوفاهها ناقصة فقد رضي به، فيسقط حقه، كما إذا رضي بالردى عوض الجيد، ولو قطعت يده ظلماً سقط القصاص ولا شيء (له)^(٤) عليه؛ لأن الحق متعين في القصاص، والعدول إلى المال باختياره فيسقط بفوات محله، ولو قطعت في حق عليه لقصاص أو سرقة وجب عليه الأرش؛ لأنه أوفى به حقاً

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٦، و«الكتاب» ١٤٦/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٨/٣، و«الهداية» ٥٠٩/٤، و«الاختيار» ٤٨٤/٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٦، و«الكتاب» ١٤٨/٣، و«المبسوط» ١٣٩/٢٦، و«الهداية» ٥١٠/٤، و«الاختيار» ٤٨٤/٥.

(٣) في (ب): (يعدل).

(٤) من (ج).

مستحقاً عليه فصارت يده سالمة له معنى^(١).

قال: (ويقتص في المارن^(٢) والأذن والسنّ والشجّة التي يمكن المماثلة فيها).

أمّا المارن والأذن فلا مكان رعاية المماثلة فيهما، (وأمّا السنّ؛ فلقوله تعالى: ﴿وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥])^(٣)، ولا اعتبار بتفاوت مقدارهما؛ لاتحاد المنفعة بهما.

وعن عمر وابن مسعود رحمهما الله: لا قصاص من^(٤) عظم إلا السن^(٥)، وقوله ﷺ: «لا قصاص في عظم»^(٦)، فالمراد به ما عدا السن؛ لأنّ اعتبار المماثلة في غير السنّ متعذر؛ لاحتمال الزيادة والنقصان، بخلاف السنّ فإنه يبرد بالمبرد، وإن قلع من أصله أمكن قلع الآخر فيتماثلان، وأمّا الشجّة التي يمكن فيها رعاية المماثلة؛ فلقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾^(٧) [المائدة: ٤٥].

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٧، و«الكتاب» ١٤٨/٣، و«المبسوط» ٦١/٢٦، ١٤٦،

و«الهداية» ٥١٠/٤، و«الاختيار» ٤٨٥-٤٨٦.

(٢) المارن: الأنف، أو طرفه، أو ما لان منه.

أنظر: «القاموس المحيط» مادة: مرن.

(٣) في (ج): (وأمّا النفس فلقوله تعالى: ﴿النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥].

(٤) في (ب): (في).

(٥) قال الحافظ في «الدراية» ٢٦٩/٢: لم أجده.

(٦) قال الحافظ في «الدراية» ٢٦٩/٢: لم أجده، وعزاه بنحوه لابن أبي شيبة عن ابن

عباس، وعمر، وضعف إسنادهما. أنظر «المصنف» ٣٩٤/٥.

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٧، و«الكتاب» ١٤٦-١٤٧/٣، و«الهداية» ٥٠٩/٤-

٥١٠، و«الاختيار» ٤٨٤-٤٨٥.

قال: (وإن كان رأسُ الشاجِّ أكبرَ فإن شاء المشجوج أخذ بقدر شجته، وإلا أخذ أرشها).

إذا شجَّ الرجل رجلاً فاستوعب الشجة ما بين قرنيه، (وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاجِّ لكبر رأسه، يخير المشجوج بين أن يأخذ من رأسه بقدر شجته، وبين أن يترك ذلك ويأخذ أرشها؛ لأنه لو أخذ ما بين قرني الشاجِّ مع كبر رأسه يزداد شين الشاجِّ بطولها، وليس له ذلك، فلا يلحقه الشين باستيفاء قدر شجته / ١٩٣/ ما يلحق المشجوج من الشين باستيعاب ما بين قرنيه، فيتخير كما قلنا في اليد الشلاء والصحيحة.

أما إذا كان رأسُ الشاجِّ أصغر فقد تعذر استيفاء حقه كاملاً؛ لأنه إن أخذ بقدر شجته مساحة (يتعدى)^(١) إلى غير حقه؛ لأنه إذا شجَّ ما بين قرنيه وما بين قرني الشاجِّ أقل مساحة فإن استوفى مقدار شجته، وهو إنما يستحق ما بين قرنيه^(٢)، فقد تعدى إلى غير حقه^(٣) ضرورةً، فيتخير بين أن يرضى بدون حقه، وبين أخذ الأرض كماً^(٤).

قال: (ولا قصاص في اللسان والذكر إلا أن يقطع الحشفة).

(لأنهما مما ينقبض وينبسط فيمتنع رعاية المماثلة فيسقط القصاص إلا أن يقطع الحشفة)^{(٢)(٥)}، فيصير موضع القطع معلوماً، كالمفصل في

(١) من (ج). (٢) ساقطة من (ب). (٣) في (ب): (حقه).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٦-٢٤٧، و«الكتاب» ٣/ ١٤٨-١٤٩، و«المبسوط» ٢٦/ ١٤٥-١٤٦، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٣٨، و«الهداية» ٤/ ٥١١، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٦.

(٥) الحشفة هي رأس الذكر ما فوق الختان. «الصحاح» ٢٣٧ مادة حشف، و«المصباح المنير» ٨٥ مادة حشف.

قطع اليد^(١).

وعن أبي يوسف^(٢) رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إِذَا قُطِعَ مِنْ أَصْلِهِ يَجِبُ الْقَصَاصُ لِإِمْكَانِ رِعَايَةِ الْمِمَاثِلَةِ.

قلنا: ذلك ممنوع على تقدير الأنقباض والانبساط، ولو قطع بعض اللسان أو بعض الذكر فلا قصاص لعدم معرفة مقدار المقطوع بخلاف الأذن، لو قطع بعضها أو كلها؛ لعدم الأنقباض والانبساط، وله حد يعرف به مقدار المقطوع فيمكن رعاية المماثلة، والشفة إن قطعت من أصلها ففيه القصاص؛ لإمكان المماثلة، بخلاف بعضها لعدم الإمكان.

قال: (ولو ضرب عينه فقلعها فلا قصاص، فإن ذهب ضوءها وهي قائمة جعل على عينه قطن رطب وقوبل بمرآة محماة).

أما الأول؛ فلأنه يمتنع رعاية المماثلة في القلع، وأما الثاني؛ فلأنها إذا كانت قائمة والضوء معدوم (فإن مثل ذلك سبيل بما)^(٣) ذكره (في الكتاب)^(٤)، وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رَحِمَهُمُ اللهُ^(٥).



(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤١، ٢٤٦، و«الكتاب» ١٤٩/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٦-٤٣٧/٣، و«الهداية» ٥١١/٤، و«الاختيار» ٤٨٤/٥.

(٢) «الكتاب» ١٤٩/٣، و«الهداية» ٥١١/٤.

(٣) في (ب): (فإن ذلك سبيل ما).

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «الكتاب» ١٤٦/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٨/٣، و«الهداية» ٥٠٩/٤، و«الاختيار» ٤٨٥/٥.

فصل

قال: (ولو قتل عبدٌ اثنين قريبهما أو مولاه وله ابنان، فعفى أحدهما لا يجبُ شيء، ويخير العافي في دفع نصف نصيبه، أو فدائه بربع الدية).

عبد قتل قريبًا لمواليه، أو قتلَ مولاه وله ابنان، فعفا أحد الموليين أو الأبنيين عنه، قال أبو حنيفة^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله: لا يجبُ على العافي شيء.

وقال أبو يوسف رحمته الله^(١): يقال له: إمّا أن تدفع إلى شريكك نصف نصيبك، وإمّا أن تفديه بربع الدية؛ لأنّه بالعفو صار نصيب الآخر مالا مقدراً بنصف دية المقتول، فصار نصف ذلك المال في نصيبه منه، ونصفه في نصيب العافي، فسقط ما أصاب نصيب من لم يعف، وهو ربع الدية؛ لأنّ المولى لا يستوجب على عبده دية^(٢) وبقي واجباً ما أصاب نصف نصيب العافي وهو ربع دية المقتول، فيخير العافي إن شاء ملكه نصف نصيبه، وإن شاء فداه بربع الدية، وهذا ظاهر.

وقد نقل هذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله، والمحققون على أنّ المنقول عن أبي يوسف رحمه الله هو الأصحُّ في الفصل الأول، وما نقل عنهما هو الأصحُّ في الفصل الثاني؛ لأنّ القصاص يجبُ للقتيل أولاً ثم ينتقل إلى الوارث، ألا ترى أنه يقضي منه ديونه حيثُ وجب، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً، فلم يجب شيء، وأمّا في الفصل

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٥، و«الهداية» ٤/٥٥٦-٥٥٧، و«درر الحكام» ٢/١١٦.

(٢) في (ب): (دينًا).

الأول فالمال الواجب في المقتول بانقلاب نصيب غير العافي مالا بسبب العفو واجب للمقتول؛ لأنَّ العبد ليس مملوكًا له إنَّما هو مملوك (لوليه)^(١)، وجاز أن يثبت للمقتول دين على عبد (لوليه)^(١) فيجب، ثم إذا انتقل إلى الوارث سقط ما أصاب نصيب من لم يعف، وبقي ما أصاب نصيب العافي^(٢).

قال: (أو أحد مستحقي دم ولم يعلم الآخر فقتله أوجبنا ديته في ماله لا القصاص).

رجل قتل رجلًا عمدًا وللقetil وليان فعفى أحدهما عنه، ولم يعلم الآخر بالعفو حتى أدركه فقتله على وجه القصاص، فلولي هذا المطالبة بالدية في مال الولي^(٣) القاتل^(٤).

وقال زفر رحمته الله^(٥): له أن يقتص منه؛ لأنَّه أراق دمًا معصومًا بالحديد عدوانًا.

ولنا: أنَّه قتله مستوفيًا لحقه في زعمه، فأورث شبهة دارئة للقصاص، فوجبت الدية في ماله؛ لأنَّ العاقلة لا تعقل العمد^(٥).

قال: (ولو جرح عبد ففداه مولاه ثم مات؛ يحكم عليه بالدية وخيراه ثانيًا).

إذا جرح عبد موضحة فخير مولاه بين الدفع والفداء، (فاختار الفداء)^(٦)، ثم سرت الموضحة إلى النفس.

(١) في (ب): (لوليه).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٥، و«الهداية» ٤/٥٥٦-٥٥٧.

(٣) في (ب): (المولى). (٤) في (ج): (القتيل).

(٥) «المبسوط» ٢٦/١٦٣، و«مختلف الرواية» ٤/١٨٨٥.

(٦) ساقطة من (ب).

قال أبو يوسف رحمته الله^(١): لا نخير المولى ثانياً، بل يؤدي الدية؛ لأنه قد أختار الفداء في هذه الجناية مرة، فلا يخير (المولى)^(٢) فيها أخرى. وقالوا^(٣): يخير فإمّا أن يدفعه ويسترد أرش الموضحة، وإمّا أن يؤدي إليه الدية؛ لأنه (قد)^(٤) أختار أرش الموضحة على دفع العبد، ولا يلزم منه أن يكون مختاراً للفداء الذي هو الدية على دفع العبد، فيتخير بين الدفع والفداء بالدية.

قال: (ولو أعتقه في مرضه فقتله خطأ وسعى في قيمته فعليه السعاية ثانية للوارث، وقالوا: الدية على عاقلته).

إذا أعتق الرجل عبده في مرض موته / ٩٣ب/ ثم قتل هذا العبد مولاه خطأ، ولزمه أن يسعى في قيمته؛ لانتقاض العتق معنى؛ لأن العتق في مرض الموت وصية، ولا وصية للقاتل، فإنه يسعى عند أبي حنيفة^(٥) رحمته الله في قيمته سعاية أخرى للوارث لكان الجناية إذا كانت قيمته أقل من الدية.

وقالوا^(٥): على عاقلته الدية؛ لأنه عندهما كالحر المديون، وعنده المستسعى كالمكاتب، فيكون حكمه حكمه، والمكاتب إذا قتل أنساناً خطأ يلزمه الأقل من قيمته ومن دية المقتول، وهذه من فروع تجزيء الإعتاق.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٥.

(٢) من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٥، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٦.

(٤) من (ب).

(٥) «المبسوط» ٢٧/ ٩١، «مختلف الرواية» ٤/ ١٩٠٩.

قال: (ولو ترك مدبراً فقتل خطأ وهو يسعى للوارث فعليه قيمته لوليّه، وقالوا: ديته على عاقلته).

رجل مات وترك عبداً مدبراً، ولم يترك شيئاً غيره، فاستسعاها وارثه، فقتل المدبر إنساناً خطأ قبل الفراغ من السعاية.
قال أبو حنيفة^(١) رحمه الله: عليه أن يؤدي قيمة نفسه لولي القتل؛ لأنه بمنزلة المكاتب عنده.

وقالوا^(١): على عاقلته دية القتل؛ لأنه حرٌّ مديون عندهما.

قال: (ولو أعتقه بين الرمي والوصول، فعلى الرامي قيمته، وقالوا: فضل ما بين قيمته مرمياً وغير مرمي).

رجل رمى سهماً إلى عبد غيره فأعتقه مولاه بعد الرمي قبل وصول السهم إليه، ثم أصابه السهم فمات، فعلى الرامي قيمة العبد لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله^(٢).

وقالوا^(٢): لا يجب تمام قيمته، بل يجب عليه فضل ما بين قيمته مرمياً وغير مرمي، حتى لو كانت قيمته مائة درهم، وبالرمي قبل الوصول صارت قيمته عشرة، يضمن تسعين درهماً، وهي ما أتلّفه بواسطة رمية دون العشرة؛ لأنّ المولى أبطل حقّه فيها بواسطة إعتاقه.

وقول أبي يوسف^(٢) مع محمد^(٢) - رحمهما الله - فيما رواه في «المنظومة»^(٣).

(١) «مختلف الرواية» ٤/ ١٩٠٩.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٥، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٩١١، و«تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢٦٨.

(٣) المنظومة لوحة (٤٦).

وقال صاحب «الهداية»^(١): هو مع أبي حنيفة رحمته الله^(٢).

لهما: أنه جنى على عبد غيره، بما أوجب إشرافه على الهلاك، فلما أعتقه قبل الوصول إليه فقد أبطل حقه فيه عند الوصول، فقد وجد الرمي والعبد ملكه والوصول ولاحق له فيه، فيضمن فضل ما بين قيمته مرمياً وغير مرمي، وصار كما لو جرحه أنسان فأعتقه مولاه ثم مات من الجراحة، فإن السراية تنقطع بعته، فلا تجب ديته ولا تمام قيمته، وإنما يلزمه النقصان، وكان القياس يقتضي وجوب القصاص لكن سقط للشبهة، فإنه يجب للمولى لو أعتبر الرمي وللعبد، ثم ينتقل إلى وارثه لو أعتبر الوصول فأورث شبهة دائرة للقصاص. وله أن الإنسان إنما يؤاخذ بفعله وفعله الرمي فيعد قاتلاً لعبد منذ رماه؛ ولهذا لو كان الرمي خطأ فكفر قبل الوصول صح، أو كان مسلماً رمى صيداً ثم ارتد قبل الوصول ثم جرحه فمات حل أكله، أو كان مجوسياً فأسلم بعد الرمي قبل الوصول حرم، وهو حين الرمي عبد، فتجب قيمته لمولاه، وهذا بخلاف الجرح؛ لأنه إتلاف بعض المحل، وأنه يوجب الضمان للمولى، وبالسراية بعد العتق لو وجب شيء يكون الواجب غير ما وجب بالجرح، فتخالف النهاية البداية، أمّا الرمي قبل الإصابة فليس بإتلاف شيء منه؛ لعدم أثر في المحل، وإنما قلت به الرغبة فيه، فلا يجب به ضمان، فلا تخالف النهاية البداية، فتجب قيمته للمولى.

(١) «الهداية» ٤/ ٥٢٠.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٥، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٩١١، و«تكملة فتح القدير»

قال: (ولو أرتد ما بينهما فعليه ديته وأهدراه).

إذا رمى مسلماً فارتد بعد الرمي قبل الوصولِ فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة رحمته الله ^(١).

وقالوا ^(١) رحمهما الله: لا شيء عليه؛ لأنه بالردة أسقط تقوم نفسه، فيكون مبرئاً للرامي عن هذه الجناية، كما لو أبرأه صريحاً، وكما لو أبرأه بعد الجرح قبل الموت.

وله: أن الضمان واجبٌ بفعله وهو الرمي؛ لأنه لا فعل له بعد ذلك، فيعتبر حال (الرمي) ^(٢) وهو فيها مسلمٌ متقومٌ، فتجب ديته لسقوط القصاص للشبهة كما مر.

قال: (ولو أسلم ما بينهما فلا شيء عليه).

ولو كان المرمي إليه مرتدًا، فأسلم بعد الرمي قبل الوصولِ فلا شيء على الرامي في قولهم جميعاً، وكذا لو رمى حربياً فأسلم؛ لأنَّ المحلَّ (حين) ^(٣) الرمي غير متقوم، فلم ينعقد الرمي موجباً للضمان، فلا ينقلب موجباً له؛ لصيرورته متقدماً بعد ذلك ^(٤).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٥، و«مختلف الرواية» ٤/١٩١١، المنظومة لوحة (٤٦)، و«تكملة فتح القدير» ١٠/٢٦٧.

(٢) في (ج): (الرامي).

(٣) في (ب): (عند).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٥، و«تكملة فتح القدير» ١٠/٢٦٨.

قال: (ولو أرتد بعد أن قطعت يده عمدًا ثم أسلم ثم مات منه أوجب أرشها، وهما ديته).

إذا قطع رجل يد (رجل)^(١) مسلم عمدًا ثم أرتد -والعياذ بالله- ثم أسلم ثم مات من ذلك القطع. قال أبو حنيفة^(٢) وأبو يوسف^(٢) رحمهما الله: على عاقلة القاطع دية نفسه كاملة.

وقال محمد رحمته الله^(٢): يجب أرش اليد لا غير؛ لأنه بالردة أبرأ القاطع عما سيحدث من جنايته؛ لأن القطع أنعقد موجبًا للضمان، وبالردة خرج المحل عن كون السراية موجبة للضمان؛ لفوات العصمة بالكفر، فنزل بمنزلة الإبراء عن السراية؛ فسقط ضمان السراية، وبقي ضمان القطع. ولهما: أن الجناية وجدت في محل معصوم وتمت في محل معصوم، فثبت موجبها، كما لو لم يرتد؛ لأن الإسلام جعل الردة كأن لم تكن في حق أحكام الدنيا والآخرة، وقضيته أن يجب القصاص إلا أن تخلل الردة أورث شبهة دائرة للقصاص.

قال: (ولو شهدوا بقتل عميد ثم رجعوا مع الولي لم يقتص منهم، ويلزم الولي بالدية من شاء، والضامن لا يرجع على غيره، وقالوا: يرجع / ١٩٤ / الشهود على الولي).

إذا شهد الشهود بقتل عميد فاستوفى الولي القصاص من المشهود عليه، ثم رجعوا جميعا وقالوا: تعمدنا الكذب. أو جاء المشهود بقتله حيًا.

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٥-٢٣٦، و«مختلف الرواية» ٤ / ١٨٨٠، و«تكملة فتح القدير» ١٠ / ٢٦٨.

قال الشافعي رحمته الله ^(١): يقتص منهم؛ لأنهم قاتلوه بغير حق. أما الولي فمباشر حقيقة، وأما الشهود فمباشروه حكماً حيث أوجبوا إهدار دمه، فكان كالموجود منهم حقيقة.

وعندنا ^(٢): تجب الدية ويخير الولي، فإن شاء طالب بها الولي، وإن شاء طالب بها الشهود؛ لأن معنى القتل إن وجد من الشهود ولم يوجد منهم صورته فيكون القتل صورة ومعنى زائداً على ما وجد منهم، فلا يشرع، وصورة القتل وإن وجد ^(٣) من الولي لكن لم توجد منه معنى؛ لأنه موجود من الشهود فلا يشرع في حقه أيضاً، على أن القاضي أطلق له الفعل بدليل فرض عليه الشرع العمل به، فكان قضاؤه صورة شبهة دارئة للقصاص؛ لأن الدليل وإن تخلف عنه مدلوله مورث شبهة المدلول (به) ^(٤)، وإذا أنتفى القصاص وجبت الدية، ثم عندهما ^(٥) إذا (شاء ولي) ^(٦) من قتل قصاصاً أن يضمن الشهود فضمنوا رجعوا على الولي بما ضمنوه؛ لأنهم ضمنوا بفعل الولي؛ إذ لولا فعله لما ضمنوا شيئاً، فصار كما لو كان خطأ وله في عدم رجوع من ضمن من الفريقين على الآخر مطلقاً أنهم ضامنون بفعلهم، فلا يرجعون على غريم، بخلاف الخطأ؛ لأنهم لما ضمنوا، صار المال الذي أخذه الولي دية ملكهم، إذ المضمونات تملك عند أداء الضمان فيثبت لهم المطالبة به ^(٧).

(١) «المهذب» ١٧٨/٢، و«تكملة تكملة المجموع» ٥١/٢٠.

(٢) «الكتاب» ٧٥/٤، و«المبسوط» ١٨١/٢٦، و«الهداية» ١٥٠/٣، و«الاختيار» ٤٢٨/٢.

(٣) في (ج): (وجدت).

(٤) من (ج).

(٥) عند أبي يوسف ومحمد، و«مختلف الرواية» ١٨٦٤/٤.

(٦) في (ب): (تساوى).

قال: (ومن له قصاص في النفس إذا قطع اليد ثم عفا فبرئ فعليه أرشها).

رجل له على آخر قصاص في النفس، فقطع يده. عمداً أو خطأ، ثم عفا عنه، ثم برئ.

قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): عليه أرش يده.

وقال^(١): لا شيء عليه؛ لأنه عند القطع كان مالكا لإهلاك كله، فقد أستوفى بعض حقه، وعفا عن الباقي فلا يضمن كما لو أستوفى بعض ديته ثم أبرأه عن الباقي.

وله: أن العفو مستند إلى وقت القتل فسقط حقه في كل النفس، فيظهر أنه قطع يده بغير حق، لكن سقط القصاص للشبهة؛ لعدم تحقق العفو عند القطع، فيجب أرش اليد.

قال: (أو في الطرف فاستوفاه فسرى فهي على عاقلته ونفياها).

إذا أستوفى قصاص الطرف ممن هو عليه فسرى إلى النفس فمات ففيه الدية أستحسانا، والقياس وجوب القصاص؛ (لأن حقه)^(٢) في القطع دون القتل^(٣) وقد قتله عمداً، لكن لما كان في معنى المخطئ لكونه قاصداً أستيفاء حقه^(٤).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٠، و«مختلف الرواية» ٤/١٨٦٢، و«الهداية» ٤/٥١٧.

(٢) في (ب)، و(ج): (لأبي حنيفة).

(٣) في (ج): (الفعل).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٠، و«مختلف الرواية» ٤/١٨٦٢، و«الهداية» ٤/٥١٧-

وقالاً^(١): لا شيء فيه^(٢)؛ لأنه مأذونٌ له في الاستيفاء شرعاً، فلا يكون ما حدث بعده مضموناً كالقاضي إذا قطع يد السارق فمات، وكما لو أمر غيره بقطع يده فمات.

وله: أنه قصد استيفاء القطع لا القتل، فوقع منه القتل خطأ، وفيه الدية على العاقلة؛ وهذا لأنه فعل ما فعل بنفسه، ولم يكن له القتل، فكان متعدياً فيه فيضمن، بخلاف القاضي والأمر؛ لأنَّ الفاعل فعل بأمر غيره، (فانتقل)^(٣) فعله إليه فلم يؤخذ به^(٤).

قال: (ومن قطع يد غيره (خطأ)^(٥) ثم قتله عمداً قبل البرء أو خطأ بعده، أو قطعها عمداً ثم قتله خطأ أو عمداً بعد البرء أخذ بهما، ولو كانا خطأين من غير برء أكتفى بدية، أو عمدين فللولي استيفاؤهما، وقالاً: يُقتل).

هذه ست مسائل: الأربعة الأولى زوائد، وصورتها: رجلٌ قطع يد رجلٍ خطأ، ثم قتله عمداً قبل البرء.

الثانية: إذا قطع يده خطأ (ثم قتله خطأ)^(٥) بعد البرء.

الثالثة: إذا قطع يده عمداً ثم قتله خطأ بعد البرء^(٦).

الرابعة: إذا قطع يده عمداً ثم قتله عمداً بعد البرء^(٧).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٠، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٢، و«الهداية» ٤/ ٥١٧-٥١٨.

(٢) في (ج): (عليه). (٣) في (ج): (فما ينتقل).

(٤) من (ب)، و(ج). (٥) ساقط من (ج).

(٦) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٣.

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٥، و«الهداية» ٤/ ٥١٤، و«درر الحكام» ٢/ ٩٧-٩٨.

فالحكم في هذه المسائل أن يؤخذ بالأمرين، والأصل أنه متى أمكن الجمع بين الجراحات يجمع بينهما؛ لأنَّ القتل غالباً إنما يقع بجراحات متعاقبة، فلو أعتبرت كل جراحة على حدة أدى اعتبارها إلى الجرح، فإذا لم يمكن الجمع بينهما أفردت كل واحدة بحكمها، وقد تعذر الجمع في هذه المسائل، أما الأولى؛ فلتغاير الفعلين، وتغاير حكمهما، وكذلك الثالثة، أما الثانية والرابعة؛ فلأنَّه لما تخلل البرء بينهما قطع السراية، فتعذر الجمع، فلو لم يتخلل البرء بينهما وهي المسألة الخامسة؛ أمكن اعتبار الجمع؛ لأنَّهما متجانسان، ولا قاطع للسراية، وأما إذا كانا عمدين قبل البرء وسكت في المتن عن هذا القيد؛ لدلالة المسألة الرابعة عليه؛ لأنَّها موضوعة في العمدين بعد البرء، فعند أبي حنيفة رحمته الله ^(١) للولي استيفاؤهما جميعاً.

وقال ^(١): بل (يقتل) ^(٢) لا غير؛ لإمكان الجمع لتجانسهما وعدم تخلل البرء (بينهما) ^(٣)، كما لو كانا خطأين.

وله: أن الجمع متعذر؛ لأنَّه جنى عمداً جنايتين لو أفردت كل واحدة منهما وجب بها القصاص، فإذا اجتمعاً كان للولي استيفاؤهما ولم تدخل إحداهما في الأخرى، كما لو تخلل البرء بخلاف الخطأ؛ لأنَّ الواجب فيه بدل النفس من غير رعاية المساواة، فيدخل (بدل الجزء في بدل الكل)، أما في العمد فالواجب / ٩٤ب/ ليس ببديل النفس إنما هو جزاء جنايته، وأنَّها اثنتان فلا يدخل ^(٤) جزاء إحداهما في جزاء الأخرى.

(٢) في (ج): (يقبل).

(٤) ساقط من (ج).

(١) «الهداية» ٥١٤/٤.

(٣) من (ب)، و(ج).

قال: (وضمان الصبي إذا مات من ضرب أبيه أو وصيه تأديباً
عليهما).

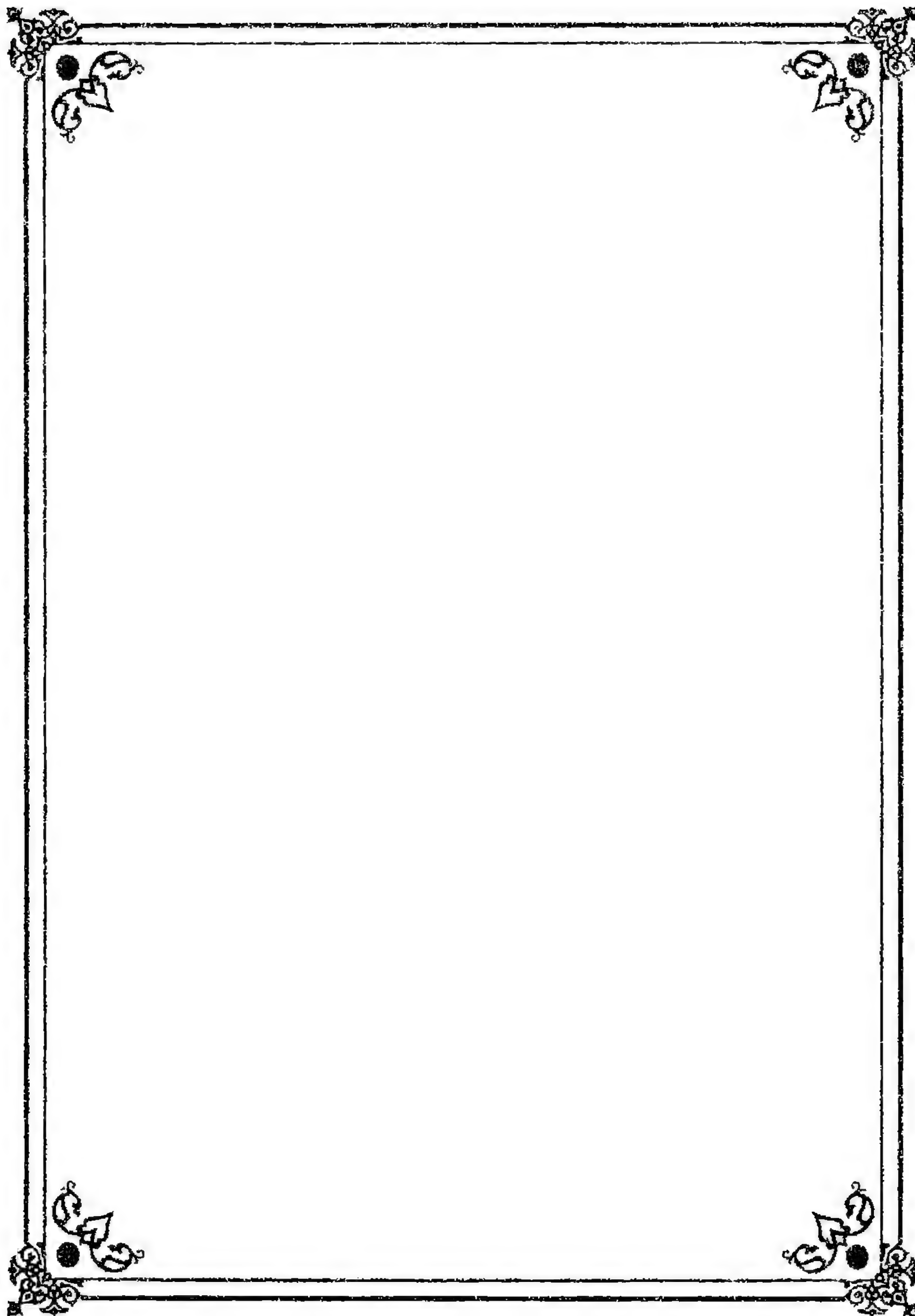
الأب إذا ضرب ابنه تأديباً له أو وصي الأب فمات ضماناً عند أبي حنيفة
رحمته الله (١).

وقال (١): لا يضمنان؛ لأنه لا بد من التأديب، ولا يحصل غالباً
إلا بالضرب، فصار كالمعلم إذا أدبه بالضرب بإذن أبيه أو وصي أبيه.
وله: أن التأديب يحصل بغير الضرب بالزجر والحبس وغير ذلك،
فتندفع به الضرورة الماسة إلى تأديبه، ولو كان مضطراً إلى الضرب
فباح له، ولكن بشرط السلامة، وصار كالزوج إذا ضرب زوجته تأديباً
لها، عند جواز ذلك فإنه يشترط فيه السلامة. (والله الم تتم) (٢).



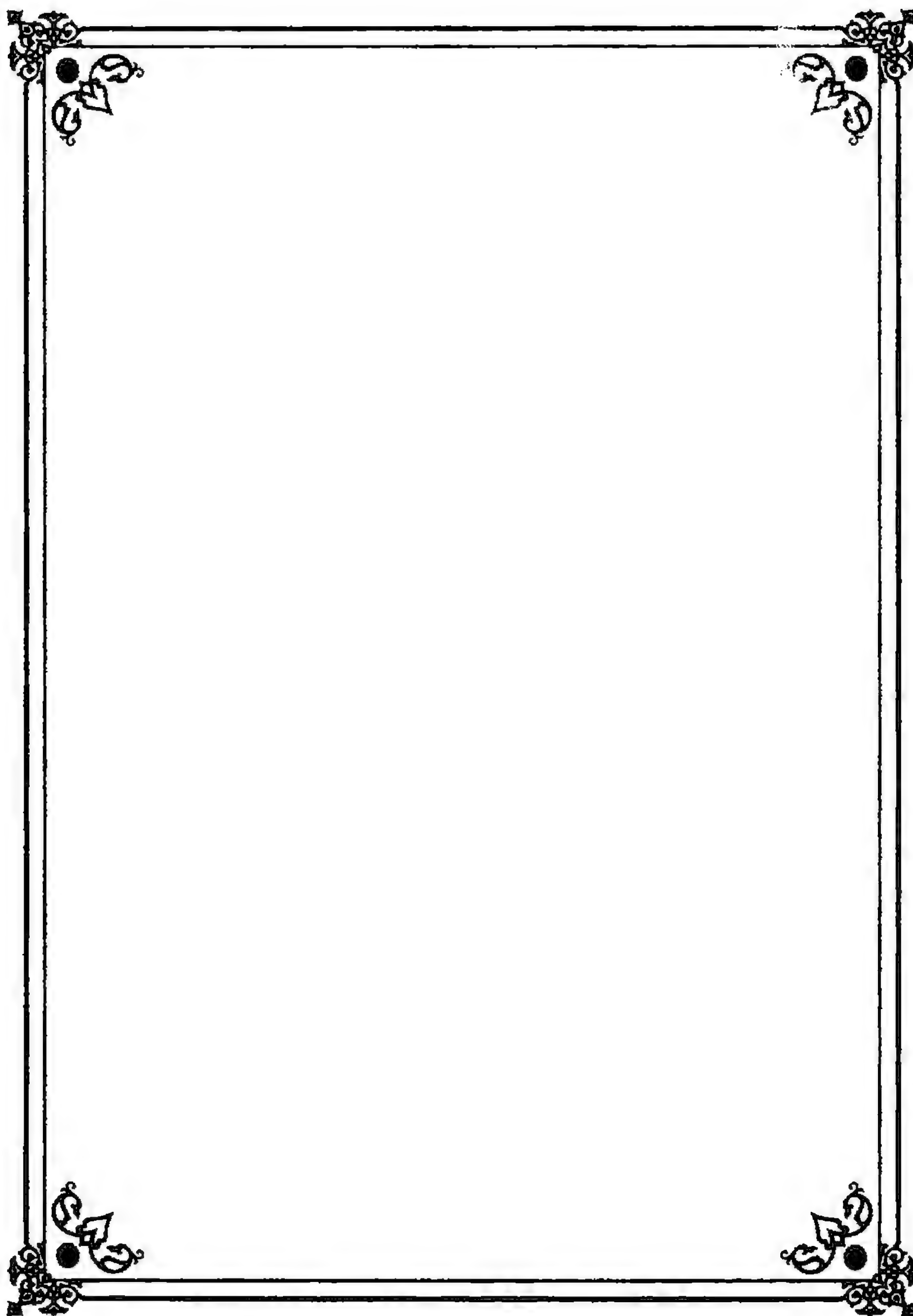
(١) «فتاوى قاضيه خان» ٣/٤٤٤-٤٤٥، «مختلف الرواية» ٤/١٩١٢، و«المبسوط»
٤٨/٣٠.

(٢) من (ب).



۳۷

کتاب الدیارات



كتاب الديات^(١)

الدية: ما يُؤدى، وَخُصَّ هذا اللفظ بما يؤدى من بدل النفس دون غيرها من المتلفات؛ لأنَّ الأسم يشتق للتعريف بالتخصيص فلا يطرَد، وإنَّما وجب المالُ في مقابلة النفس، وإنَّ لم يكن المال مثلاً لحكمة اقتضت ذلك وهو صونُ بنيانِ الآدمي عن الهدم ودمه عن الهدر. والأصلُ في وجوبِ الدية قوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢]، وقوله ﷺ: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»^(٢)، أي: يجبُ بسببِ قتلها مائة من الإبل^(٣).

قال: (تغلظ دية شبه العمدِ في الإبل، فتجبُ أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاض، ومثلها بنت لبون وحقاق وجذع، وجعلها ثلاثين جذعة ومثلها حقة، وأربعين ثنيات حوامل).

قد مرَّ أنَّ الدية في شبه العمد تجبُ على العاقلة مغلظة، وإنَّما تغلظ من الإبل خاصة؛ لأنَّ التوقيف فيها، فلا يتعدى التغليظ إلى غيرها، ولا خلاف أن تقدير الدية من الإبل مائة، وتجبُ عند أبي حنيفة^(٤) وأبي يوسف^(٤)

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن الجناية سبب الدية والسبب مقدم على المسبب. «المستجمع شرح المجمع».

(٢) رواه ابن حبان ١٤ / ٥٠١ (٦٥٥٩) من حديث عمرو بن حزم.

(٣) «الاختيار» ٤٨٩ / ٥.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٤، و«الكتاب» ٣ / ١٥٢، و«المبسوط» ٧٦ / ٢٦،

و«فتاوى قاضيخان» ٣ / ٤٤٩، و«الهداية» ٤ / ٥٢٢، و«الاختيار» ٤٨٩ / ٥.

رحمهما الله أرباعاً خمسا وعشرين بنت مخاضٍ، وخمسا وعشرين بنت لبون، وخمسا وعشرين حقة، وخمسا وعشرين جذعة.

وقال محمد^(١) والشافعي^(٢) رحمهما الله: تجب ثلاثة أنواع: ثلاثين جذعة، وثلاثين حقة. وأربعين ثنية كلها حوامل، لقوله ﷺ: «ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا»^(٣)، وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها؛ ولأن دية شبه العمد أغلظ، وذلك فيما ذهبنا إليه، وهو مذهب عمر وزيد بن ثابت، وعن علي رضي الله عنه في شبه العمد ثلاث وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربع وثلاثون خلفه.

ولنا: قوله ﷺ: «في نفس المؤمن مائة من الإبل»، وإمامنا في صفة التغليظ ابن مسعود رضي الله عنه، وما قاله أقرب إلى القياس؛ لأن الحمل لا يتوقف عليه حقيقة؛ ولأن ما روينا مشهور متلقى من الأمة بالقبول، وهو يوجب مائة من الإبل، ومتى وجبت الحوامل زادت على المائة، فإن الحمل أصل من وجه، وما رواه من ذلك غير ثابت؛ لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٤، و«الكتاب» ١٥٢/٣، و«المبسوط» ٧٦/٢٦،

و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٩/٣، و«الهداية» ٥٢٢/٤، و«الاختيار» ٤٨٩/٥.

(٢) «الأم» ٨/٦، و«المهذب» ١٩٦-١٩٧/٢، و«الوجيز» ١٤٠/٢، و«روضة الطالبين»

١٢٠/٧، و«تكملة المجموع» ١٤٤/٢٠.

(٣) رواه أحمد ٤١٠/٣.

قال: (وتجبُ في الخطأ منها أخماسًا: عشرون منها ابن مخاض، ومثلها بنات^(١) مخاض، وبنات لبون، وحقاق وجذع).

دية الخطأ في الإبل من خمسة أنواع، وهي هذه المذكورة، كل عشرين من نوع، وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه^(٢)، وإنما يعرف ذلك توقيفا، فصار كالمرفوع إليه صلى الله عليه وسلم؛ ولأنه أخف، فكان أليق بحالة الخطأ؛ لأنَّ الخاطئ معذور^(٣).

قال: (أو ألف دينار ونوجبُ من الورق عشرة آلاف درهم لا أثني عشرة).

أما الدية من العين فهي ألف دينار بالإجماع، وأما من الورق فهي عشرة آلاف درهم، كل عشرة وزن سبعة مثاقيل. وقال الشافعي رحمته الله^(٤) في القديم: أثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك^(٥).

(١) في (ج): (واحد).

(٢) «المبسوط» ٧٥/٢٦، و«الهداية» ٥٢٣/٤، و«الاختيار» ٤٩٠/٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٥٣/٣، و«المبسوط» ٧٥/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٩/٣، و«الهداية» ٥٢٣/٤، و«الاختيار» ٤٩٠/٥.

(٤) «المهذب» ١٩٧/٢، و«الوجيز» ١٤٠/٢، و«روضة الطالبين» ١٢٤/٧، و«تكملة تكملة المجموع» ١٩١/٢٠.

(٥) رواه أبو داود (٤٥٤٦)، والترمذي (١٣٨٨)، والنسائي ٤٤/٨، وابن ماجه (٢٦٢٩)، وضعفه الألباني في «الإرواء» (٢٢٤٥).

ولنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه ^(١) قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم ^(٢)، وتأويل ما رواه أنه قضى بدراهم كانت بوزن عشرينها بستة مثاقيل، ذكره محمد بن الحسن ^(٣)، فيحمل على ذلك توفيقاً ^(٤).

قال: (وهي منحصرة في هذه وزاد من البقر مائتين، ومن الشياه ألفين، ومن الحلل مائتين وقولهما رواية).

عن أبي حنيفة رحمته الله ^(٥) روايتان:

إحداهما: أن الدية لا تكون إلا من ثلاثة أنواع: الإبل، والذهب، والفضة، ووجه ذلك ما روينا «في النفس المؤمنة مائة من الإبل» وهذا يقتضي أن لا تكون الدية إلا من الإبل، إلا أن الدليل دل على العين والورق، وهو ما روينا من قضائه رحمته الله بهما.

وقال ^(٥): الدية من ستة أنواع، هذه الثلاثة وثلاثة أخرى، من البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة، كل حلة إزار ورداء. ووجه ذلك ما رواه عبدة السلماني ^(٣) أن عمر رضي الله عنه ^(٦) قضى في

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٥٣/٣، و«المبسوط» ٧٥/٢٦،

و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٩/٣، و«الهداية» ٥٢٣/٤، و«الاختيار» ٤٩٠/٥.

(٢) عزاه الحافظ في «الدراية» ٢٧٣/٢ لمحمد بن الحسن في «الآثار»، وابن أبي شيبة، والبيهقي.

(٣) «الاختيار» ٤٩٠/٥.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«المبسوط» ٧٧/٢٦، ٧٨، و«فتاوى قاضيخان» ٣/

٤٤٩، و«الهداية» ٥٢٣/٤، و«الاختيار» ٤٩٠/٥.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٢، و«الكتاب» ١٥٣/٣، و«المبسوط» ٧٨-٧٩/٢٦،

و«الهداية» ٥٢٣/٤، و«الاختيار» ٤٩٠/٥.

(٦) «الاختيار» ٤٩٠/٥، و«فتح القدير» ٢٧٦/١٠.

الدية بعشرة آلاف درهم، ومن الدنانير بألف دينار، ومن الإبل بمائة، ومن البقر بمائتي بقرة، ومن الغنم بألفي شاة، ومن الحلل بمائتي حلة^(١). والمراد أنه قدر الدية بهذه المقادير؛ لأنَّ القضاء لم يقع في وقت واحد بهذه الأنواع كلها، وقولهما رواية عن أبي حنيفة رحمته الله^(٢)، فلا خلاف في الحقيقة، وعنه ما يدل على ذلك، فإنه قال: إن الصلح على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة أو ألفي شاة لا يجوز، ولولا أن / ١٩٥ / هذه الأنواع أصول في الدية لجاز الصلح على أكثر منها كما لو وقع على غيرها.

قال: (وتجب في المرأة نصفها).

دية المرأة على النصف من دية الرجل^(٣)، وهذا اللفظ موقوف على علي رضي عنه^(٤)، ومرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وعن عمر^(٥) وعلي وابن مسعود^(٦)، وزيد بن ثابت رضي الله عنه كذلك، ولا مخالف فانعقد إجماعاً؛ ولأنها في الميراث والشهادة على النصف من الرجل، فكذلك في الدية، وأما ما دون النفس من المرأة فهو معتبر بديتها؛ لأنَّ النقصان قد ثبت في بدل النفس، فكذا فيما هو ملحق به^(٧).

(١) رواه أبو داود (٤٥٤٢)، وحسنه الألباني كما في «المشكاة» (٣٤٩٨).

(٢) «الاختيار» ٤٩٠ / ٥، و«فتح القدير» ٢٧٦ / ١٠.

(٣) رواه البيهقي ٩٥ / ٨.

(٤) «الهداية» ٥٢٣ / ٤، و«الاختيار» ٤٩١ / ٥.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٠، و«الكتاب» ١٥٤ / ٣، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٩ / ٣،

و«المبسوط» ٧٩-٧٨ / ٢٦، و«الهداية» ٥٢٣ / ٤، و«الاختيار» ٤٩١ / ٥.

قال: (ولم يجعلوا دية الذمي ستة آلاف درهم، فنجعلها
كالمسلم لا الكتابي أربعة آلاف، وللمجوسي ثمانمائة).

دية اليهودي والنصراني عند مالك^(١) على النصف من دية المسلم،
ودية المسلم عنده اثنا عشر ألفاً، كقول الشافعي رحمته الله^(٢) في القديم؛
لقوله رحمته الله: « عقل الكافر نصف عقل المسلم »^(٣)، وللشافعي رحمته الله ما روي
أنه رحمته الله جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي
ثمانمائة درهم^(٤)، وهذا أيضاً على القول القديم، وعلى الجديد ثلث
المائة من الإبل، أو قيمة الثلث عند فقدها^(٥) وكذلك في المجوسي.
ولنا^(٦): قوله رحمته الله: « دية كل ذي عهد في هذه ألف دينار »^(٧).

وقال الزهري^(٨): قضى أبو بكر^(٩) وعمر^(٩) وعلي^(١٠) رضي الله عنهم في دية

-
- (١) «المدونة الكبرى» ٤/٤٧٩، و«بداية المجتهد» ٢/٧٣٤-٧٣٥، و«التلقين»
٢/٤٨١، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/٢٥٨.
- (٢) «الأم» ٦/١٠٥، و«المهذب» ٢/١٩٨، و«الوجيز» ٢/١٤١، و«التنبيه» ص ١٢٣،
و«روضة الطالبين» ٧/١٢١-١٢٢، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/١٩١-١٩٢.
- (٣) رواه الترمذي (١٤١٣)، مُحَسَّنًا، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
- (٤) رواه عبد الرزاق ١٠/٩٢، والدارقطني ٣/١٤٥. وليس فيه ذكر دية المجوسي وقد
رواها عبد الرزاق ١٠/٩٥ عن مكحول مرسلاً.
- (٥) في (ج): (قصدها).
- (٦) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٠، و«الكتاب» ٣/١٥٤، و«المبسوط» ٢٦/٧٨-٧٩،
و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٤٩، و«الهداية» ٤/٥٢٤، و«الاختيار» ٥/٤٩١.
- (٧) رواه أبو داود في «المراسيل» (٢٦٤).
- (٨) «المبسوط» ٢٦/٨٥، و«الاختيار» ٥/٤٩١.
- (٩) «المبسوط» ٢٦/٨٥، و«الهداية» ٤/٥٢٤، و«الاختيار» ٥/٤٩١.
- (١٠) «المبسوط» ٢٦/٨٥.

الذميّ بمثل دية المسلم. وقال ﷺ: «إذا قبلوها فأعلمهم أنّ لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»^(١) وللمسلمين إذا قتل قتلهم ألف دينار، فيكون لهم كذلك، وكذلك الحكم في المستأمن لما روى ابن عباس^(٢) أن مستأمنين جاءا إلى رسول الله ﷺ فكساهما وحملهما، وخرجا من عنده، فلقيهما عمرو بن أمية الضمري^(٣) فقتلهما^(٤)، ولم يعلم بأمانهما، فوداهما ﷺ بديتي حرين مسلمين.

قال: (وتجب في المارن واللسان والذكر والعقل والشم والذوق والسمع والبصر، وذهاب منفعة العضو).

والأصل في الأطراف أنّه متى فوت جنس المنفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال تجب كل دية النفس؛ لأنّ في إتلاف المنفعة المقصودة والجمال المقصود إتلاف النفس من وجه، فيلحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي، وإظهارا لخطره؛ ولأنّ قيام النفس مبنيّ بقيام منافعها، فكان تفويتها (كتفويت النفس، والجمال

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٢ / ١٦٢: لم أجده هكذا وانظر «نصب الراية» ٤ / ٥٥.

(٢) «المبسوط» ٢٦ / ٨٥.

(٣) هو عمرو بن أمية بن خويلد أبو أمية، الكناني، الضمري، أسلم قديما وهو من مهاجرة الحبشة، ثم هاجر إلى المدينة وأول مشاهدته بئر معونة، وقيل: أسلم حين أنصرف المشركون من أحد، وكان رسول الله ﷺ يبعثه في أموره، بعثه ﷺ عينا إلى قريش، فحمل خبيب بن عدي من الخشب التي صلب عليها، وأرسله إلى النجاشي يدعو إلى الإسلام، وأمره أن يزوجه أم حبيبة. توفي عمرو آخر أيام معاوية قبل الستين.

انظر: «معرفة الصحابة» لأبي نعيم ٤ / ١٩٩٣ (٢٠٤٤)، و«الاستيعاب» ٣ / ٢٤٨

(١٩١٣)، و«أسد الغابة» ٤ / ١٩٣ (٣٨٥٦)، و«الإصابة» ٢ / ٥٢٤ (٥٧٦٥).

مقصودٌ في الحيوان كالمنفعة، ولهذا تزداد قيمة المملوك بالجمال^(١)،
وتفويت المنفعة المقصودة (كاليد إذا شلت، والعين إذا ذهب ضوءها)^(٢)
وتفويت جنس المنفعة إنما أوجب الدية تشريفاً للآدمي، وشرفه بالجمال
كشرفه بالمنافع، فيتعلق به كمال الدية وقضى رسول الله ﷺ بالدية كلها
في اللسان والأنف، وفي كتابه ﷺ لعمر بن حزم^(٣) رضي الله عنه^(٤): «في
النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية» ورواه سعيد بن
المسيب^(٥)، وتنسحب الفروع على هذا الأصل، فتجب في الأنف
الدية؛ لإزالة الجمال على الكمال، وكذلك تجب بقطع المارن والأرنبة
كذلك، ولو قطع المارن مع القصبة فالدية واحدة؛ لكونه عضواً واحداً،
وكذا اللسان لفوات المنفعة المقصودة وهي النطق، وكذا في قطع بعضه
إذا أمتنع النطق، فإن أمكنه بعض الحروف دون بعض قيل: تقسم على
عددها، وقيل: على عدد حروف يتعلق أداؤها باللسان، فتجب بقدر
ما أمتنع منها، وإن تمكن من النطق بأكثرها تجب حكومة عدل؛
لحصول الاختلال مع أصل الإفهام، وإن عجز عن الأكثر وجبت الدية
لفوات منفعة الكلام، وكذا الذكر بفوات المنافع المقصودة منه، وكذا
تجب في الحشفة الدية الكاملة؛ لأنها أصل في تلك المنافع، والقصبة
كالتابع، وأما العقل فممنفعته أعظم المنافع المقصودة، وقضى عمر
رضي الله عنه^(٣) في ضربة واحدة بأربع ديات، حيث ذهب بها العقل والكلام
والسمع والبصر، وهذه كلها منافع مقصودة، تفوت فائدة حياة الإنسان

(١) من (ج).

(١) ساقط من (ج).

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) «الاختيار» ٤٩٢/٥.

(٥) قال الحافظ في «الدراية» ٢/٢٧٦: لم أجده.

بفواتها، فكان إتلاف كل منها إتلافًا له على ما مرَّ، والتنبيه عليها من الزوائد^(١).

قال: (ونوجب فيه من خصي وعين حكومة عدل لا دية).

(تجب كمال الدية)^(٢) عند الشافعي رحمته الله^(٣) في ذكر الخصي والعين؛ لما رويناه من غير فصل، ولأنَّ الفتور فيه مرضٌ، والمرض لا ينقص البدل، وعندنا تجب حكومة عدل؛ لأنَّه عضو ناقص المنفعة على التأبيد فلا تجب فيه دية كاملة كالعين القائمة التي لا تبصر، والرجل العرجاء واليد الشلاء، بخلاف المرض فإنه يزول، والمطلق ينصرف إلى الكامل فكان النص مقيدًا معني^(٤).

قال: (ونعكس في حلق اللحية والرأس).

إذا حلقت اللحية فلم تنبت أو شعر الرأس وجبت الدية كاملة. وقال الشافعي^(٥) وهو قول مالك^(٦) رحمهما الله: فيهما حكومة عدل. وهذا عكس الخلاف السابق.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤١، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٣٤-٤٣٥، و«المبسوط» ٢٦/٨٢، و«الهداية» ٤/٥٢٤، و«الاختيار» ٥/٤٩٢.

(٢) ساقطة من (ج).

(٣) «المهذب» ٢/١٨٣، و«روضة الطالبين» ٧/٣٤-٣٥، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/٨٠-٨١.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٧، و«الكتاب» ٣/١٥٤، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٣٦، و«المبسوط» ٢٦/٨٠، و«الاختيار» ٥/٤٩٣.

(٥) «الأم» ٦/٨٢، و«المهذب» ٢/٢٠٢، و«الوجيز» ٢/١٤٣، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/٢٢٥.

(٦) «الكافي» ص ٥٩٨، و«التلقين» ٢/٤٨٥.

لهما : أن ذلك زيادة في الآدمي ؛ ولهذا يُحلقُ شعرُ الرأسِ كله وبعض اللحية في بعض البلاد ، فصار كشعرِ الصدرِ والساقِ ، ولهذا وجبَ في شعرِ العبدِ نقصانُ القيمة.

ولنا^(١) : أنَّ اللحية في وقتها / ٩٥ب/ جمال وفي حلقها تفويت ذلك الجمال على الكمال ، فوجبت الدية كما في الأذنين الشاخصتين ، وشعر الرأسِ أيضًا جمال ، ألا ترى أنَّ العادم له يتكلَّف في إخفائه ويسوؤه ذلك ، بخلاف شعر الصدرِ والساقِ ، فإنَّه لا يتعلق بهما الجمال ، وعن أبي حنيفة^(٢) في لحية العبدِ أنَّه يجب كمال القيمة ، وأمَّا على الظاهر من الرواية فالفرق أن المقصود من العبد هو أَسْتَعْمَالُهُ في الخدمة دون الجمال ، بخلاف الحرِّ.

فروع : وفي الشاربِ حكومة عدلٍ ، وهذا هو الأصحُّ ؛ لأنَّه تابعٌ للحية فكان كبعض أطرافها ، ولحية الكوسج إن كانت على ذقنه فقط ، وهي شَعْرَات معدودة ، فلا شيء في حلقها ؛ لأنَّها ليست بجمال ، وإن كانت أكثر من ذلك وهي على الذَّقْنِ والخذِّ جميعًا ، إلَّا أنَّها غير متصلة ففي حلقها حكومة عدلٍ ؛ لأنَّ في وجودها بعض الجمال ، وإن كانت متصلة ففيها الدية كُلِّها ؛ لأنَّه لا يكون كوسجًا^(٣).

قال : (فإن نبت لم يجب شيء).

(١) «الكتاب» ٣/ ١٥٥ ، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٣٧ ، و«الهداية» ٤/ ٥٢٥ ، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٤.

(٢) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٩٢-١٨٩٣ ، و«المبسوط» ٢٦/ ٧١-٧٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٥ ، و«الكتاب» ٣/ ١٥٥ ، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٣٥-٤٣٧ ، و«الهداية» ٤/ ٥٢٥ ، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٥.

لأنه لم يبق أثر الجناية، لكن يؤدبه الحاكم لينزجر هو وأمثاله عن الإقدام على ارتكاب الحرام.

قال: (وكذا لو نبت بيضاء في الحرّ وفي العبد حكومة عدل، وأوجباها فيهما).

إذا حلق رجل لحية شاب حرّ فنبت بيضاء. قال أبو حنيفة رحمته الله ^(١): لا يجب شيء؛ لأنها عادت إلى أحسن ما كانت، وتجب عنده في العبد إذا حلق فنبت بيضاء حكومة عدل؛ لأنّ الشيب ينقص قيمته. وقالوا ^(٢): تجب حكومة عدل في الحرّ والعبد جميعاً؛ لأنّ الشيب في غير أوانه يشين ولا يزين، والخطأ والعمد في ذلك سواء.

قال: (وتجب الدية في كل ما في البدن منه أثنان فيهما ونصفها في أحدهما).

كل ما في البدن أثنان، ففي تفويتهما دية كاملة؛ كاليدين والرجلين، والعينين سواء ذهبت شحمتها أو بقيت؛ لأنّ المنفعة بنور البصر لا بالشحمة، وكاللحيتين والشفيتين والحاجبين والأذنين، وثندي المرأة وحلمتيهما، والأنثيان والإلّيتان إذا استؤصل لحمهما حتى لم يبق على الورك شيء، والأصل في ذلك ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « في العينين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي اليدين الدية،

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٥، و«الكتاب» ٣/١٥٥، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٣٧، و«الهداية» ٤/٥٢٥، و«الاختيار» ٥/٤٩٥.

(٢) «فتاوى قاضيخان» ٣/٤٣٧، و«الهداية» ٤/٥٢٦، و«المبسوط» ٢٦/٧٣، و«مختلف الرواية» ٤/١٨٥٩-١٨٦٠.

وفي الرجلين الدية، وفي البيضتين الدية، وفي الشفتين الدية»^(١)، وفي كتاب عمرو بن حزم^(٢): «وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية»^(٣)؛ ولأنَّ المنفعة المقصودة منهما تفوت بفواتهما وكذلك يفوت الجمال بفواتهما كاملاً، وبفوات أحدهما يفوت النصف، وإنَّما قيَّدنا الثديين بالمرأة؛ لأنَّ المنفعة المقصودة من الثدي هو في ثدي المرأة، وكذلك الجمال بخلافِ ثدي الرجل؛ لأنَّ فيه حكومةً عدلٍ؛ لأنَّه ليس فيه تفويت المنفعة والجمال، وكذلك في الحلمتين تجبُ الدية لفوات جنسٍ منفعة الإرضاع وإمساك اللبن، ولو قطع الأنثيين مع الذكر، أو قطع الذكر أولاً ثم الأنثيين ففيهما الديتان؛ لأنَّ منفعة الأنثيين بعد قطع الذكر قائمة، ولو قطع الأنثيين أولاً ثم الذكر ففي الأنثيين الدية، وفي الذكر حكومةً عدلٍ؛ لأنَّ بقطع الأنثيين صار خصياً، وفي ذكر الخصي حكومة (عدل)^(٤) ولأنَّ منفعة الذكر اختلت بقطع الأنثيين، وهي منفعة الإيلاد، فصار كاليد الشَّلَاءِ^(٥).

قال: (وربعها في واحد مما هو فيه أربعة).

ما في البدن أربعة كأشفار العينين وأهدابها ففي تفويتها كلها دية كاملة،

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٢/٢٧٧: لم أجده بتمامه، ولكن روى البيهقي من طريق سعيد بن المسيب مضت السنة في العقل بأن في الذكر الدية، وفي الأنثيين الدية. أنظر «سنن البيهقي» ٨/٩٧.

(٢) «الهداية» ٤/٥٢٦، و«الاختيار» ٥/٤٩٣، و«تكملة فتح القدير» ١٠/٢٨١.

(٣) رواه النسائي ٨/٥٩ من حديث عمرو بن حزم.

(٤) من (ب).

(٥) «الكتاب» ٣/١٥٥، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٣٥، و«المبسوط» ٢٦/٨٠، و«الهداية» ٤/٥٢٦، و«الاختيار» ٥/٤٩٣.

وفي واحد منها ربع الدية، وفي ثنتين نصفها، وفي الثلاثة ثلاثة أرباعها؛ وهذا لأنه يفوت بفواتها الجمال والمنفعة التي هي دفع الأذى والقذى عن العينين على الكمال، وإذا كان الواجب في الكل الدية وهي أربعة أنقسم عليها فيكون في الواحدة الربع، وفي الثلاثة ثلاثة الأرباع، ومنبت الشعر كالأجفان في الحكم، والجفون بأهدابها كعضو واحد كالمارن مع القصبة^(١).

قال: (وعشرها في كل إصبع) وتقسم على مفاصلها ويتبعها الكف).

في كل (إصبع)^(٢) من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية، والأصابع كلها سواء؛ لقوله ﷺ: «في كل إصبع عشر من الإبل»^(٣)؛ ولأن المنفعة المقصودة من أصابع اليدين تفوت بفواتها، فتجب الدية كاملة فتقسم عليها، وهي عشر فيكون لكل إصبع عشر، وما رويناه دالاً على تساوي الأصابع في الحكم، ولأنها في أصل المنفعة سواء، فسقط اعتبار الزيادة فيها كاليد اليمنى مع اليسرى، وكذلك الكلام في أصابع الرجلين، فإن المنفعة المقصودة من أصابعهما، -وهي المشي- تفوت بقطعها كلها، فيجب كمال الدية وهي عشرة فتقسم الدية عليها، ويُقسم أرش كل إصبع على ما فيها من المفاصل، فما فيها ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلث عشر الدية، وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف عشر الدية، وهذا نظير أنقسام دية اليد على أصابعها والكف تبع الأصابع؛ لأن منفعة البطش

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤١، و«الكتاب» ٣/١٥٥-١٥٦، و«فتاوى قاضيخان»

٣/٤٣٥، و«الهداية» ٤/٥٢٦، و«الاختيار» ٥/٤٩٣.

(٢) ساقط من (ج). (٣) تقدم من حديث عمرو بن حزم.

بالأصابع، والدية واجبة بتفويت المنفعة.
والغرض من هذه المسألة^(١) أنه لو قطع أصابع يد واحدة فإنه تجب نصف الدية، ولو قطعها مع الكف تجب نصف الدية أيضًا /١٩٦/ لكونها تبعًا^(٢)، ولقوله ﷺ: «في اليدين الدية»^(٣)، وفي إحداهما نصف الدية.

قال: (فإن قطعها من نصف الساعد وجبت حكومة في الزائدة).

إذا قطع اليد من نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية لما مر، وفي الزائدة حكومة عدل، وهذه رواية عن أبي يوسف رحمه الله^(٤)، وعنه أيضًا أن ما زاد على الأصابع والكف فهو تبع إلى المنكب، وفي الرجل إلى الفخذ؛ لأن الشرع أوجب نصف الدية في اليد، وهي أسم لمجموع هذه الجارحة، ولهما أن اليد آلة باطشة، والبطش حاصل بالكف والأصابع لا بالذراع فلم يكن تابعًا، ولأنه ليس بتابع للأصابع لتخلل الكف بينهما، ولا للكف؛ لأنه يكون تابعًا للتابع، ولما كانت المنفعة لا تتعلق به ولا الجمال وجب فيه حكومة عدل^(٥).

قال: (أو كفا فيها إصبع (ففيها أرش (الإصبع، وأوجباً)^(٦))

(١) في (ج): (المسائل).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤١، و«الكتاب» ٣/١٥٥-١٥٦، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٣٥، و«الهداية» ٤/٥٢٦، و«الاختيار» ٥/٤٩٤.

(٣) تقدم من حديث عمرو بن حزم.

(٤) «الكتاب» ٣/١٥٩، و«المبسوط» ٢٦/٨١، و«الهداية» ٤/٥٢٩.

(٥) «الكتاب» ٣/١٥٩، و«المبسوط» ٢٦/٨١، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٣٦، و«الهداية» ٤/٥٢٩، و«الاختيار» ٥/٤٩٦.

(٦) في (ج): (الأصابع وأوجبنا).

الأكثر من أرشها، ومن الحكومة في الكف).

رجل قطع كف رجل وفيها (إصبع)^(١) واحدة أو مفصل منها أو إصبعان فالواجب عند أبي حنيفة^(٢) أرش ما في الكف من ذلك، ويكون الكف تبعًا.

وقال^(٣): ينظر إلى أرش ما بقي من الأصابع وإلى ما يجب من حكومة العدل في الكف، فيجب أكثرهما، ويدخل الأقل في الأكثر، هما أعتبرا الرجحان من حيث القيمة؛ لأنه لا وجه إلى لجمع (بين الأرشين؛ لأن الكل شيء واحد، ولا إلى إهدار أحدهما؛ لأن كلا منهما أصل من وجه فرجحنا بالأكثر)^(٣)، وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(٤) أعتبر الرجحان من حيث الأصالة، فإن الأصابع أصل؛ لأن المنفعة المقصودة وهي البطش بها، والكف تابع حقيقة وشرعًا، فإنه يجب فيها (مع الأصابع)^(٥) ما يجب في الأصابع وحدها، والترجيح بالذات، والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ومتى بقي شيء من الأصل فلا اعتبار للتبع.

قال: (ولو شلت بقطع جارتها ففيها الأرش، وقالوا:

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٢، و«المبسوط» ٨٢/٢٦، و«الهداية» ٥٣٠/٤، و«الاختيار» ٤٩٦/٥.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤١، و«المبسوط» ٨٢/٢٦، و«الهداية» ٥٣٠/٤، و«الاختيار» ٤٩٦/٥.

(٥) في (ب): (بتبعية الأصابع).

القصاصُ في الأولى، والأرْشُ في الثانية).

إذا قطع إصبع رجلٍ عمدًا فشلت أخرى إلى جانبها، قال أبو حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ (١): لا قصاص، ويجبُ الأرْشُ فيهما.

وقال (١): يجب القصاصُ في الإصبع الأولى، ويجب الأرْشُ في الثانية؛ لأنَّ الجناية وإن كانت واحدة لكنها باعتبار تعدد محلِّها متعددة حكمًا، فصار كأنَّه جنى جنايتين عمدًا وخطأً فيجبُ موجباهما، كما لو رمى إنسانًا بسهمٍ فنفذ منه إلى آخر.

وله: أنه جنى جنايةً واحدةً في محلٍّ واحدٍ، وهو الإصبعُ التي قطعها، لكن أثر هذه الجناية سرى إلى الأخرى، وإذا كانت الجناية واحدة (٢) في ذاتها ومحلِّها، وقد صار بعضُ موجبها مالا أَسْتَحَالَ أنْ يجبَ القصاصُ في الباقي؛ لعدم التجزئ بـخلافٍ ما أَسْتَشْهَدُ به؛ لأنَّه جنى جنايتين بوصول السهم إلى الأولِ عمدًا، ووصوله إلى الثاني خطأً، فقد تغايرتا ذاتًا ومحلًّا وصفةً، فلم يثبت الاتحاد ولا شبهه، فلم يمتنع ترتيبُ موجبتهما (٣) عليهما، أمَّا هُنا فقد ثبت الاتحادُ حقيقةً أو شبهةً، فلم يمكن الجمعُ بين القصاصِ والمالِ بجناية متحدةٍ في ذاتها ومحلِّها وصفتها.

قال: (ونصفُ عشرها في كل سنٍّ).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٦، و«الكتاب» ٣/١٥٩-١٦٠، و«الهداية» ٤/٥٣١-

٥٣٢، و«الاختيار» ٥/٤٩٦، و«تكملة فتح القدير» ١٠/٢٩٤.

(٢) في (ب): (جناية).

(٣) في (ج): (موجبتهما).

الضمير راجع إلى الدية أي: ويجب نصف عشر الدية في كل سنّ والأضراس (والأنياب)^(١) كلها سواء؛ لقوله ﷺ: «في كل سنّ خمس من الإبل»^(٢)، وإطلاقه دليل على استواء الأسنان والثنايا والأضراس والانياب؛ لأن أسم السن يتناول الكلّ، فيجب في الأسنان كلها دية وثلاثة أخماس دية؛ لأنّ الأسنان أثنان وثلاثون سنّا، عشرون ضرسًا، وأربعة أنياب، وأربع ضواحك، وأربع ثنايا^(٣).

قال: (ولو نبت عوضها فهو ساقط كسن الصغير).

إذا نبت مكان السنّ المقلوعة من البالغ سن أخرى؛ سقط أرشها عند أبي حنيفة رحمه الله^(٤).

وقالوا^(٥): يجب الأرش كاملاً؛ لتحقيق الجناية الموجبة لها، وما حدث فنعمة من الله تعالى.

وله: أن هذه الجناية عدمت معنى؛ لعود الجمال والمنفعة إلى ما كانا عليه، فصار كسن الصغير، ونبّه في المتن بقوله: (كسن الصغير) على أن الخلاف في سنّ البالغ.

قال: (ولو ضربها فاصفرت فالأرش واجب كما لو أسودّت

(١) في (ب): (الأسنان).

(٢) تقدم من حديث عمرو بن حزم.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤١، و«المبسوط» ٧١/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٥/٣، و«الهداية» ٥٢٧/٤، و«الاختيار» ٤٩٧/٥.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤١، و«الكتاب» ١٦٠/٣، و«المبسوط» ٨١/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٧/٣، و«الهداية» ٥٣٢/٤، و«الاختيار» ٤٩٤/٥.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

أو أَخْضَرَّتْ أو أَحْمَرَّتْ).

وقالا : حكومة (وهو رواية).

إذا ضرب سن رجلٍ فاصفرت.

قال أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في رواية^(١) : يجب الأرشُ كاملاً. وفي رواية : تجب حكومة^(٢) العدل. وهو قولهما^(٣).

ووجه هذه أن الفاتت بعض الجمال ؛ لأنَّ من الأسنان ما يكون مصفراً ولا يعد ذلك فوتاً للجمال بل نقصاناً فيه ، والنقصانُ غير مضبوط ، فتجب حكومة عدلٍ ووجه الرواية الأولى أنَّ الجمالَ الكاملَ الحاصلَ بالسنِّ البيضاءً قد فات بضربه ، فيجب تمام أرشها ، كما لو أسودت أو أحمرت أو أخضرت ، وقد نبّه في المتن على الحكم في هذه الألوان الثلاثة مع الإشارة إلى التعليل ، وهذه الرواية من الزوائد.

قال : (وتجب حكومة (عدل)^(٣) في الإصبع الزائدة وعين

الصبيّ ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته).

أمّا الإصبعُ الزائدة فلأنه لم يتعلّق^(٤) بها جمال ولا منفعة تفوت بالقطع ، ولكن شرف الأدميّ يقتضي تقومها ؛ لكونها جزءاً من يده ، وأمّا عينُ الصبيّ ولسانه وذكره ، فأمّا ٩٦ ب / إذا لم تعلم صحة شيءٍ منها لا تجب فيها الدية ؛ لأنَّ المقصودَ من هذه الأعضاء منافعها ، فإذا جهل

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٤-٢٤٥ ، و«المبسوط» ٨١ / ٢٦ ، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٧ / ٣ ، و«الهداية» ٥٣٣ / ٤ ، و«الاختيار» ٤٩٤ / ٥ .

(٢) ساقط من (ج).

(٣) من (ب).

(٤) في (ج) : (يتعين).

وجود المنفعة لم تجب الدية الكاملة بالشك، فتجب حكومة عدل، وتعرف صحة اللسان بالكلام دون الاستهلال؛ لأنه مجرد صوت، وتعرف صحة الذكر بالحركة، وصحة العين بما يستدل به على النظر، فإذا علم ذلك ينزل منزلة البالغ في العمد والخطأ^(١).

قال: (ولو ذهب عقله أو شعر رأسه بموضحة أقتصرنا على الدية، أو سمعه، أو بصره، أو كلامه وجب الأرش أيضاً).

هاتان مسألتان: أمّا الأولى (فإذا شجه)^(٢) بموضحة خطأ فذهب بها عقله، أو شعر رأسه وجبت الدية عندنا لا غير^(٣).

وقال زفر رحمته الله^(٤): يجب أرش الموضحة أيضاً كما يجب في المسألة الثانية إذا ذهب بالموضحة كلامه أو سمعه أو بصره؛ لأنهما جنايتان مختلفتان لاختلاف محلّهما، فوجب موجبهما، ولم يقيد الموضحة في المتن بأنها خطأ؛ لأن إيجاب الدية دليل وقوعها خطأ، فإن الموضحة من دون الشجاج يجب في عمدتها القصاص.

ولنا: -وهو الفرق- أن الموجود جناية منحصرة في الشجة الواحدة

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٤، و«الكتاب» ٣/ ١٥٩، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥٣٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٥.

(٢) في (ب): (ومن شج رجلاً).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٥، و«الكتاب» ٣/ ١٥٩، و«المبسوط» ٢٦/ ٩٨-٩٩، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٣٤-٤٣٥، و«الهداية» ٤/ ٥٣٠-٥٣١، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٩.

(٤) «المبسوط» ٢٦/ ٩٨-٩٩، و«الهداية» ٤/ ٥٣٠.

ومحلها واحد وهو جزء الرأس، وكذا محل العقل جزء الرأس، إلا أن الموضحة في الجزء الظاهر، والعقل في الجزء الباطن، وإذا اتحدت الجناية ذاتاً ومحلاً كانت واحدة، فإذا وجب بها تمام الدية أمتنع وجوب الأرش؛ لأن إيجاب الدية إنما هو لتفويت هذا العضو معني بتفويت منفعته المطلوبة (منه) ^(١)، أو جماله، فلو وجب الأرش لوجب موجبان عن جناية واحدة، وهذا بخلاف السمع والبصر والكلام؛ لأن محالها متغايرة، ألا ترى أنه لو ضربه ضربة واحدة فذهب بها سمعه وبصره وكلامه، وتناثر ^(٢) شعر رأسه، وجبت أربع ديات من غير تداخل، ولو اتحد محلها لتداخلت؛ لاتحاد الجناية ذاتاً ومحلاً، فتعدد الجناية دليل تعدد المحل.

وعن أبي جعفر الهندواني رحمته الله أنه فرّق بأن العقل بمنزلة الروح من حيث إنه ليس له محل معين مشار إليه، ولو زال الروح بالموضحة دخل أرشها في الدية، بخلاف السمع والبصر والكلام؛ لأن محالها معينة. فنزلت منزلة اليد والرجل، وأرش الموضحة لا يدخل في أرش اليد.

قال بعض ^(٣) مشايخنا رحمهم الله: وهذا الفرق ينتقض بما إذا قطع إنسان يد آخر فذهب عقله فعليه الدية وأرش اليد، ولو كان العقل كالروح لما وجب أرش اليد كما لو مات، فالصحيح من الفرق ما بيناه.

قال: (وإذا زال أثر الشجة فالأرش ساقط، ويوجب أرش

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (سائر).

(٣) من (ب)، و(ج).

الألم لا أجره الطبيب).

إذا شجَّ رجلاً ثم التحمت وذهب أثرها، ونبت الشعرُ سقط الأرشُ عند أبي حنيفة رحمه الله^(١)، واقتصر في المتن على زوال الأثر؛ لأنَّه ما لم ينبت الشعرُ (فالأرشُ باقٍ)^(٢)، وإن كان المشجوج ذا شعير، وإذا لم يكن له شعر، فزوال الأثر فيه يكون بغير نبات (الشعر فلم يسقط الأرشُ)^(٣) عند أبي حنيفة رحمه الله^(٤)؛ لزوال الشين الموجب (للأرشِ)^(٥).

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجب أرشُ الألم؛ لأنَّ الشين وإن زال إلا أنَّ الألم الحاصل بسببه يجب تقويمه، فتجب حكومة عدلٍ. وقال محمد رحمه الله^(٦): تجب أجره الطبيب؛ لأنَّ ثمن الدواء وأجره الطبيب كان بسبب هذه الشجَّة، فصار كأنَّ الشاجَّ أخذ ذلك القدر من ماله، فيغرمه.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول^(٦): إنَّ المنافع على أصلنا لا تقوم إلا بالعقد أو شبهته، ولم يوجد في حق الجاني فلم يغرم. قال: (وينتظر في قصاص الجرح بُرؤه).

(١) «الكتاب» ١٦٠/٣، و«المبسوط» ٨١/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٦/٣، و«الهداية» ٥٣٣/٤، و«الاختيار» ٤٩٩/٥.

(٢) في (ب)، و(ج): (فالأثر باقٍ).

(٣) في (ب): (شعر الرأس فيسقط الأرش).

(٤) «الكتاب» ١٦٠/٣، و«المبسوط» ٨١/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٦/٣، و«الهداية» ٥٣٣/٤، و«الاختيار» ٤٩٩/٥.

(٥) من (ب)، و(ج).

(٦) «الكتاب» ١٦٠/٣، و«المبسوط» ٨١/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٦/٣، و«الهداية» ٥٣٣/٤، و«الاختيار» ٥٠٠/٥.

إذا جرح رجلٌ رجلاً جراحةً لم يقتص منه حتّى يبرأ؛ لقوله ﷺ: «يستأنى في الجراحات سنة»^(١)؛ ولأنّ المعتبر في الجراحة مآلها لا حالها، فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنها قتلٌ، وإذا لم يكن حكمها في الحال معلوماً وجب تأخير القصاص إلى تحقّق الحال فيها وهو البرء^(٢).

قال: (وتجبُ حكومةٌ في الشجرة الحارصة، والدّامعة، والدّامية، والباضعة، والمتلاحمة، والسمحاق؛ بأنّ يقوم عبداً سالماً وسليماً فيجب من الدية ما نقصته الجراحة من القيمة والقصاص في الموضحة عمداً، ونصف عشر الدية في الخطأ، (وعشر في الهاشمة)^(٣)، وعشر ونصف في المنقلة، وثلاث في الآمة، وثلاث في الجائفة، وثلاثان في النافدة).

هذه المدفوعات كلها معطوفة على فاعل (تجب) والفعل مقدّر في الجميع وليس فيها جملة مبتدأة.

وهذه أنواعُ الشجاج مرتبة (وهي عشرة)^(٤):

الحارصة^(٥): وهي التي تحرصُ الجلد؛ أي: تخدشه، ولا تخرج دمًا.

(١) رواه الدارقطني ٩٠/٣ وفيه يزيد بن عياض ضعيف متروك. قاله الدارقطني.

(٢) «الكتاب» ٣/١٦٠-١٦١، و«المبسوط» ١٤٦/٢٦، و«الهداية» ٥٣٣/٤، و«الاختيار» ٤٩٩/٥.

(٣) ساقط من (ج).

(٤) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٥) «مختار الصحاح» ص ١٢٧.

والدامعة^(١): وهي التي يظهرُ بسببها الدم ولا يسيلُ، شبه بالدمع في العين.

والدّامية^(٢): وهي التي يسيلُ منها الدم.

والباضعة^(٣): وهي التي تبضعُ الجلد؛ أي: تقطعه.

والمتلاحمة: وهي التي تأخذُ من اللحم.

والسمحاق^(٤): وهي التي تصل إلى السمحاق، وهي جلدة رقيقة بين

اللحم وعظم الرأس.

والموضحة^(٥): وهي التي توضح العظم؛ أي: تبيّنه (منها)^(٦).

والهاشمة^(٧): وهي التي تكسر العظم.

والمنقلة^(٨): وهي التي تنقل العظم بعد كسره؛ أي: تحوّله.

والآمة^(٩): وهي التي تصل (إلى أمّ الرأس، وهو موضع الدماغ، وبعد

هذه العشرة شجرة أخرى تسمّى الدامغة؛ وهي: التي تصل)^(١٠) إلى الدماغ،

لم يذكرها محمدٌ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنّها تقتل غالباً، فلم يُفدْ أفرادها بالذكر؛ لأنّه ليس

لها حكمٌ مفردٌ؛ ولأنّ الحياة / ١٩٧/ لا تبقى معها غالباً، وكذا لم يذكر

(١) «مختار الصحاح» ص ١٩٨.

(٢) «مختار الصحاح» ص ١٩٨.

(٣) «المعجم الوسيط» ١/ ٦٠.

(٤) «مختار الصحاح» ص ٢٦٦.

(٥) «المصباح المنير» ٤/ ٣٩.

(٦) من (ب).

(٧) «المصباح المنير» ٣٧٩.

(٨) «المصباح المنير» ص ٣٧٠.

(٩) «مختار الصحاح» ص ٥٣٨.

(١٠) من (ب) و(ج).

الحارصة والدَّامعة؛ لأنَّه قلما يبقى لهما أثرٌ، وما لا أثرَ له من الشجاج لا حكم لها، وهذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة كالخدين، والذَّقْنِ، واللَّحْيَيْنِ والجبهة، الحكمُ يترتَّبُ على الحقيقة حتى لو وجدت في غيرها نحو السَّاقِ واليد لا يكون لها أرشٌ مقدر، بل تجب حكومةً عدلياً؛ لأنَّ التقديرَ بالتوقيفِ، فقد مرَّ فيما ذكرنا؛ ولأنَّ الحكم من الرأس والوجه إنَّما كان للشَّيْنِ اللاحقِ بهما من بقاء أثرِ الجراحةِ فيهما، والشَّيْنِ مختصٌّ بهما لا بما سواهما من الأعضاء.

وأما أحكامُ هذه الشجاجِ ففي الموضحة إذا كانت عمداً القصاصُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]، وقضى رسول الله ﷺ بالقصاص في الموضحة، وذلك ممكنٌ بانتهاء السَّكِينِ إلى العظم، فتعلم المساواة التي يعتمدُها القصاصُ، ولا قصاصٌ في بقية الشجاج؛ لعدم إمكانِ تعرفِ المساواة فيها؛ لأنَّه لا حدٌّ ينتهي السَّكِينُ إليه، ولأنَّ فيما بعد الموضحة فيها كسر العظم ولا قصاصٌ فيه، وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمته الله ^(١).

وعن محمد ^(١) رحمته الله في «الأصل» ^(٢)، وهو ظاهر الرواية: أنَّ القصاصَ يجبُ فيما قبل الموضحة؛ لأنَّه لا عظم فيه ولا وقوع الهلاك بالاقتصاص غالباً، والاعتبارُ ممكنٌ بأنَّ يسير غور تلك الجراحة بالمسبار ^(٣) ^(٤) ثم يتخذ حديدةً بقدرها فيقطعُ بها مقدار ما قُطِعَ، فيتحققُ أستيفاءُ القصاصِ، وفيما

(١) «الكتاب» ١٥٧/٣، و«الهداية» ٥٢٨/٤، و«الاختيار» ٤٩٧/٥.

(٢) «الأصل» ٤١٩/٤-٤٢٠.

(٣) المسبار هو الملمول آلة للجراح يسير بها الجرح. «المعجم الوسيط» ص ٨٩٤.

(٤) في (ب) و(ج): (المسبار).

دون الموضحة حكومة عدل؛ لأنه ليس فيها أرشٌ مقدرٌ، وإهداره غير ممكن فوجبَ اعتباره بحكم العدل، وهو مأثورٌ عن النخعي^(١) وعمر بن عبد العزيز^(٢) رحمهما الله، فإنه قال: ما دون الموضحة خدوشٌ فيها حكومة عدل.

وتفسيرُ حكومة العدل أن يقومَ الجرح لو كان عبداً سالماً عن هذه الجراحة وسليماً. أي: جريحاً وهذا مستعار من اللديغ؛ لأنه في معناه فما نقصته هذه الجراحة من القيمة (يعتبر من الدية مثلاً كانت قيمته مائة فلما جرح عادت قيمته تسعين ونقصته عشر القيمة)^(٣)، فيجب من الدية عشرها، وعلى هذا القياس، وهذا عند الطحاوي رحمته الله^(٤)؛ لأن الحر لا يمكن تقويمه، والقيمة للعبد بمنزلة الدية للحر، فما أوجب نقصاً في أحدهما أُعْتَبِرَ به الآخر، وهذا هو الصحيح، وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية، وفي الهاشمة عشر الدية، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، فإن نفذت فهي جائفتان فيهما ثلثا الدية؛ لما روي في كتاب عمرو بن حزم^(٥) رحمته الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «في الموضحة خمسٌ من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي الآمة - وروي: في المأمومة - ثلث الدية»^(٦)،

(١) «المبسوط» ٧٤/٢٦، و«الهداية» ٥٢٨/٤.

(٢) «المبسوط» ٧٤/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٤/٣، و«الهداية» ٥٢٨/٤، و«الاختيار» ٤٩٨/٥.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٨، و«الاختيار» ٤٩٨/٥.

(٥) «الهداية» ٥٢٨/٤، و«الاختيار» ٤٩٨/٥.

(٦) رواه النسائي ٥٩/٨ - ٦٠، وليس فيه ذكر الهاشمة.

وقال ﷺ: « في الجائفة ثلث الدية »^(١)، وعن أبي بكر^(٢) رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية^(٣)، ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين، إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر، وفي كل منهما ثلث الدية، والجائفة هي التي تختص بالجوف والجنب والظهر، وما سوى هذه وما تقدم من الشجاج في البدن تكون جراحة فيها حكومة (عدل)^(٤)؛ لأنها غير مقدرة ولا مهدرة^(٥).

قال: (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينًا ميتًا، وجبت الغرة خمسون دينارًا على العاقلة في سنة).

إنما قال: خمسون دينارًا؛ لأنَّ القدوري^(٦) رحمه الله قال: ففيه غرة نصف عشر الدية، ومراده بذلك (نصف)^(٧) عشر دية الرجل، والغرة أيضًا عشر دية المرأة، والخمسون دينارًا هي الغرة على التفسيرين، والقياس أن لا يجب فيه شيء؛ لجهله بحياته

والظاهر يصلح حجة للدفع لا للإلزام، (لكننا تركنا)^(٧) القياس بالأثر وهو ما روي أنَّ امرأةً ضربت بطن ضررتها بعمود فسطاط، فألقت جنينًا

(١) رواه النسائي ٦٠ / ٨.

(٢) «الهداية» ٥٢٨ / ٤، و«الاختيار» ٤٩٨ / ٥.

(٣) رواه عبد الرزاق ٣٦٩ / ٩ (١٧٦٢٣).

(٤) من (ب)، و(ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٣٧-٢٣٨، و«الكتاب» ١٥٧-١٥٨ / ٣، و«المبسوط»

٧٣-٧٤ / ٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٣٨ / ٣، و«الهداية» ٥٢٧-٥٢٩ / ٤،

و«الاختيار» ٥٠٠ / ٥.

(٦) «الكتاب» ١٧٠ / ٣.

(٧) في (ب): (لقولنا).

ميتًا فاختصمتا إلى رسول ﷺ، فحكم على عاقلة الضاربة بالغرة عبدًا أو أمة أو قيمتها خمسمائة، ويروى أو خمسمائة ولم يستفسر ذكرًا كان أو أنثى ولأنَّ التمييز بين الذكر والأنثى في الجنين متعذر، فيسقط اعتباره دفعًا للخرج - وفي رواية المغيرة^{(١)(٢)} - فألقت جنينا ميتًا وماتت، ففضى ﷺ على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين، قال: فقام عمُّ الجنين فقال: إنه قد أشعر، فقام والدُ الضاربة - وفي رواية أخوها^(١) عمرو بن أبي عويمر الأسلمي^(٣) - فقال كيف ندي من لا شرب ولا أكل ولا صاح ولا أستهل؟ ودم مثل ذلك يطل. فقال ﷺ: «أسجع كسجع الكهان؟! فيه غرة عبد أو أمة»^(٤)، وكذلك رواه محمد بن مسلمة^(٥) أيضا^(١).

والتنبيه على أن الغرة واجبة على العاقلة، وأنها في سنة من الزوائد. وما رويناه حجةً على من أوجبها في مال الضارب؛ ولأنَّها بدل النفس، ولهذا سماها النبي ﷺ دية، حيث قال: «دوه»^(٦).

(١) «الاختيار» ٥٠٠/٥.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) هو عمران بن عويم، ويقال: عويمر، الهذلي.

أنظر ترجمته في «معرفة الصحابة» ٢١١١/٤ (٢٢٠٥)، و«أسد الغابة» ٢٨٣/٤ (٤٠٤٦)، و«الإصابة» ٢٧/٣ (٦٠١٣).

(٤) رواه مسلم (١٦٨٢).

(٥) رواه البخاري (٧٣١٨)، ومحمد بن مسلمة هو ابن خالد بن عدي الأنصاري الأوسي، شهد بدرًا وأحداً، والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ إلا تبوك، ومات بالمدينة ولم يستوطن غيرها.

انظر: «معرفة الصحابة» ١٥٦/١ (١١)، و«الاستيعاب» ٤٣٣/٣ (٢٣٧٢)، و«أسد الغابة» ١١٢/٥ (٤٧٦١)، و«الإصابة» ٣٨٣/٣ (٧٨٠٦).

(٦) رواه الطبراني ٩/٤ (٣٧٨٣) من حديث حمل بن مالك بن النابغة.

وقال (عمرو رضي الله عنه)^(١): كيف ندي من لا شرب ولا أكل؟ إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة درهم، ويجب ذلك في سنة.
وقال الشافعي رحمته الله^(٢): في ثلاث؛ لأنها بدل النفس، ألا ترى أنها موروثة ولم ينبه على الخلاف في المتن.

ولنا: رواية محمد بن الحسن رحمته الله^(٣) / ٩٧ب: بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة، ولأن الجنين من حيث إنه متصل بالأم ينزل منزلة عضو منها، ومن حيث إنه نفس على حدة كان منفرداً عنها بحكمه، فعملنا (بالشبه الثاني)^(٤) في حق التوريث، وبالأول في حق التأجيل إلى سنة؛ لأنه بدل العضو، وهو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة، بخلاف أجزاء الدية، فإن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين^(٥).

قال: (أو حياً ثم مات فالدية).

إذا ألفت الجنين حياً ثم مات ففيه دية كاملة؛ لأنه ألتف حياً بالضرب السابق^(٦).

(١) في (ب): (عمر).

(٢) «الأم» ١١٢/٦، و«المهذب» ٢١٣/٢، و«التنبيه» ص ٢٢٨، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٩٩/٢٠-٣٠٠.

(٣) «الهداية» ٥٣٥/٤.

(٤) في (ب) و(ج): (بالشبهة الثانية).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٣، و«الكتاب» ١٧٠/٣، و«المبسوط» ٧٨/٢٦،

و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٦/٣، و«الهداية» ٥٣٤-٥٣٥/٤، و«الاختيار» ٥٠٠/٥.

(٦) «الكتاب» ١٧٠/٣، و«المبسوط» ٨٧/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٦/٣،

و«الهداية» ٥٣٤-٥٣٥/٤.

قال: (أو ميتًا ثم ماتت فدية وغرة).

إذا أَلقت جنينًا ميتًا ثم ماتت الأمُّ بعده وجبت دية عن الأمِّ، وغرة عن الجنين، وقد صحَّ أنَّ النبي ﷺ قضى في هذه الصورة بهذا الحكم^(١).

قال: (أو ماتت ثم أَلقته حيًّا ثم ماتت فديتان).

إذا ماتت الأمُّ من الضربة، ثم أَلقت الجنينَ (حيًّا ثم مات الجنين)^(٢) يجبُ ديتان؛ لأنَّه قاتل شخصين، وهذه المسألة زائدة^{(٣)(٤)}.

قال: (أو ماتت ثم أَلقته ميتًا فدية لا غير).

إذا ضربها فماتت من الضربة، ثم أَلقت الجنينَ ميتًا فلا حكم للجنين، وتجب دية عن الأمِّ لا غير؛ لأنَّ الظاهر أنَّ الجنين ماتَ بموت أمِّه؛ لأنَّ (حياته تبع لحياتها)^(٥) ويحتمل أنه مات من الضربة، فلا تجبُ الغرة بالشكِّ^(٦).

قال: (ولا نوجب فيه كفارة).

على الضارب الكفارة عند الشافعي^(٧) ﷺ عن قتل الجنين؛ لأنَّه قاتلٌ.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٣، و«الكتاب» ١٧٠/٣، و«المبسوط» ٨٩/٢٦،

و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٦/٣، و«الهداية» ٥٣٥/٤، و«الاختيار» ٥٠٠/٥.

(٢) من (ج). (٣) ساقطة من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٣، و«المبسوط» ٩٠/٢٦، و«فتاوى قاضيخان»

٤٤٦/٣، و«الهداية» ٥٣٥/٤، و«الاختيار» ٥٠٠/٥.

(٥) في (ج): (جنايته تبع لجنايتها).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٣، و«الكتاب» ١٧٠/٣، و«المبسوط» ٩٠/٢٦،

و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٦/٣، و«الهداية» ٥٣٥/٤، و«الاختيار» ٥٠٠/٥.

(٧) «الأم» ٤٤/٦، و«روضة الطالبين» ٢٢٨/٧، و«المهذب» ٢١٨/٢، و«التنبيه»

ص ٢٢٩، و«روضة الطالبين» ٢٢٨/٧، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٩٤/٢٠.

وعندنا لا كفارة؛ لأنَّ في الكفارة معنى العقوبة، وقد عرفت من النصوص المطلقة فلا تتعدها. ألا ترى (أنَّه)^(١) لم يجب في الجنين كل البدل، قالوا: إلا أن يشاء أن يكفر؛ لأنَّه أرتكب محظوراً، فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل ويستغفر الله مما فعل^(٢).

قال: (وتورث الغرة).

قال في «الوجيز»^(٣): (ثمَّ تصرف الغرة إلى وارث الجنين وهو الأمُّ والعصبة).

ولم يذكر في ذلك خلافاً فتركت الخلاف فيه. وذكر في «المنظومة»^(٤) أنها تصرف إلى الأمِّ لا غير، وما ذكر في «الوجيز»^(٣) هو الصحيح، غرة الجنين موروثه بقسمة ورثته؛ لأنَّه نفس على حدة، وهذا بدل نفسه فيقسم بين ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطنَ امرأته فألقت ابنه ميتاً، فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها شيئاً؛ لأنَّه قاتلٌ بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل^(٥).

(١) من (ب)، و(ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٣، و«الكتاب» ١٧١/٣، و«المبسوط» ٨٨/٢٦، و«الهداية» ٥٣٦/٤، و«الاختيار» ٥٠١/٥.

(٣) «الوجيز» ١٥٨/٢.

(٤) المنظومة لوحة (١٣٦)

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٣، و«الكتاب» ١٧٠/٣، و«المبسوط» ٨٩/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٦/٣، و«الهداية» ٥٣٥/٤، و«الاختيار» ٥٠١/٥.

قال: (ولا نعتبر في جنين الأمة عشر قيمة الأم مطلقاً، فيجب نصف عشر قيمته ذكراً لو كان حياً، وعشر قيمته لو كان أنثى في مال الضارب حالاً).

إذا ضرب بطن أمة، فألقت جنيناً ففيه عشر قيمة أمه عند الشافعي^(١)؛ لأنه جزء منها من وجه، وضمان الأجزاء يعلم من الأصل، ولأن قيمة الغرة الواجبة في جنين الحرة عشر ديتها، وعندنا^(٢) فيه نصف عشر قيمته لو كان حياً إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى؛ لأن جنين الحرة إذا كان ذكراً إن خرج حياً ثم مات يجب تمام الدية، وإن خرج ميتاً يجب نصف عشر الدية، فالواجب بتقدير خروجه ميتاً نصف عشر الواجب بتقدير خروجه حياً وموته عقيبها فيكون الواجب في جنين الأمة (ذكراً بتقدير خروجه ميتاً نصف عشر ما هو الواجب بتقدير خروجه حياً وموته عقيبها، وكذلك في جنين الحرة إذا كان)^(٣) أنثى (يجب فيها إن خرجت ميتة)^(٤) عشر ما يجب بتقدير خروجها حية وموتها عقيبها؛ لأن القيمة في العبيد والإماء كالدية في الأحرار والحرائر، وما وجب في جنين الأمة فإنه في مال الضارب يؤخذ منه في الحال، رواه المعلى عن أبي يوسف، والحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف^(٥) وزفر، وهو قول الحسن ووجهه أن العاقلة

(١) «الأم» ١١١/٦، و«الوجيز» ١٥٧/٢، و«التنبيه» ص ٢٢٧، و«روضة الطالبين» ٧/٢٢١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٤، و«الكتاب» ١٧١/٣، و«المبسوط» ٨٩/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٦/٣، و«الهداية» ٥٣٦/٤، و«الاختيار» ٥٠١/٥.

(٣) ساقطة من (ب) و(ج).

(٤) في (ب) و(ج): (بتقدير خروجها ميتاً).

(٥) «فتاوى قاضيخان» ٤٤٦/٣، و«تكملة فتح القدير» ٣٠٥/١٠.

لا تعقلُ العبيدَ، والتنبيه على هذين الحكمين من الزوائد، ثم الجنينُ الذي قد أُستبانَ بعض خلقه في حكم من تكملت صورته في جميع هذه الأحكام؛ (لإطلاق النصِّ، ولأنَّه ولد في حقِّ أمومية الولد، وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك، فكذا في حقِّ هذه الأحكام)^(١)، ولأنَّه بذلك يتميز عن العلة والدم فكان نفساً^(٢).



(١) ساقطة من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٤، و«الكتاب» ٣/ ١٧١، و«الاختيار» ٥/ ٥٠١.

فصل

(قال)^(١): (ومن أخرج إلى طريق العامة روشناً أو ميزاباً أو نحوه كان لكل منهم أنتزاعه، وليس لأحد من أهل درب غير نافذ إحداث ذلك إلا بأمرهم).

أما الأول فإنما ثبت ولاية الأنتزاع لكل واحد من العامة، لأنَّ المرور في هذا الطريق حقٌّ مشتركٌ لهم بأنفسهم ودوابهم، فلكل من يثبت له هذا الحقُّ أن ينزعه كما في الملك المشترك إذا بنى فيه أحدهم شيئاً كان لكل واحدٍ من الشركاء نقضه، كذا هذا^(٢).

وأما الثاني فليس لأحدٍ من أهل السكة الغير النافذة أن يحدث فيها روشناً^(٣) ولا ميزاباً أو كنيفاً^(٤) أو دكاناً إلا بإذن أرباب السكة؛ لأنَّ حق المرور لجماعتهم فكان الطريق مشتركاً بينهم فصار كالدار المشتركة، إلا أن يكون ذلك مما جرت بمثله العادة في السكنى كوضع المتاع ونحوه للإذن في ذلك دلالة وعدم التعدي فيه عادة^(٥)، وهاتان المسألتان من الزوائد.

(١) من (ج).

(٢) «الهداية» ٥٣٦/٤-٥٣٧، و«الاختيار» ٥٠٢/٥، و«البحر الرائق» ٣٩٥/٨، و«تكملة فتح القدير» ٣٠٦/١٠-٣٠٧.

(٣) الروشن: الرف والكوة والشرفة. «المعجم الوسيط» ٣٤٧/١.

(٤) الكنيف: الحظيرة والساتر والمرحاض، ويسمى الترس كنيفاً، لأنه يستر صاحبه، و«المصباح المنير» ص ٣٢٢ مادة كنف، و«القاموس المحيط» ص ٧٦٥ مادة كنف.

(٥) «الهداية» ٥٣٦/٤-٥٣٧، و«الاختيار» ٥٠٢/٥، و«البحر الرائق» ٣٩٥/٨.

فروع: وإذا سقط على إنسانٍ فعطب وجبت ديتُهُ على عاقلته، ولو سقط على غير إنسانٍ فتلّف به ضمنه من ماله / ١٩٨ / أمّا الأولُ فلأنّه تسبّب إلى إتلافه وهو متعدّ فيه بشغلٍ طريق المسلمين وهوائه بما ليس له أن يشغله به، وتجبُ الدية على العاقلة؛ لأنّ العاقلة تتحمل الدية في الخطأ تخفيفاً على القاتل مخافةً استئصال ماله، والتسبب دون الخطأ في الجناية فكانت أولى بالتخفيف، وإن كان التالف بما يحدثه في الطريق غير آدمي كالأموال والعروض والحيوان وضمان ذلك في مال الجاني؛ لأنّ العاقلة لا تعقل الأموال، وهذا الحكم ينسحب على جميع فروع هذا الفصل، وقد تقدّم هذا في أول كتاب الجنايات، ولو أصابه طرف الميزاب الذي في الحائط فلا ضمان فيه؛ لأنّه غير متعدّ في ذلك؛ لأنّ طرفه الذي في الحائط في ملكه، ولو أصابه الطرف الخارج ضمن؛ لأنّه متعدّ فيه بواسطة شغلٍ هواء الطريق (العام)^(١)، وإن أصابه الطرفان جميعاً أو لا يُعلم أيهما أصابه ضمن نصف الدية؛ لأنّه ليس إضافة الموت إلى أحدهما أولى من إضافته إلى الآخر في الفصلين فأضيف إليهما، فما كان فيه متعدّياً وجب به، وما ليس فيه تعدّد لم يضمن فيضمن النصف. ولو ألقى في الطريق ميزاباً أو أتخذ طيناً أو ربط دابةً أو صب ماءً أو وضع خشبةً أو ناراً ضمن ما تلف بها؛ لأنّ فعل هذه الأشياء تعدّد، فصار كحافر البئر في غير ملكه. ولو حركت الريح النار من موضعها إلى موضع آخر لم يضمن ما أحرقت في ذلك الموضع إلا أن يكون قد وضع النار في يومٍ ريحٍ ولو نحى إنسان شيئاً^(٢) من موضعه

(١) في (ب): (للعام).

(٢) في (ب)، و(ج): (من هذه).

فشغل به موضعاً آخر فعطب به شيء فالضمان على الثاني ؛ لأنه بالتنحية أزال (أثر)^(١) فعل الأول، فكانت الجناية مضافةً إلى الفاعل الثاني، بخلاف تحريك الهواء النار؛ لأنَّ الضمانُ انقطع عن الأول بانقطاع أثر فعله، ولم يمكن إضافته إلى ثانٍ فسقط أصلاً، بخلاف ما إذا كان يوم ريح؛ لأنَّ (الوضع)^(٢) مع العلم بالتنقل بواسطة الريح الموجودة حال الوضع التزام لضمان ما يحدث منها لعلمه بعاقبة وضعه، وقد أفضى إلى ذلك فجعل كالمباشر له، وكذا صبَّ الماء أو رشه أو توضأ به؛ لأنه متعدد فيه بإلحاق الضرر بالمارة، بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها، أو قعد أو وضع متاعه؛ لأنَّ لكل من أهلها فعل ذلك؛ لأنه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة، وإنَّما يكون الرش مضمناً إذا خرج عن العادة المألوفة فإن زاد ضمن، ولو تعمد المرور في موضع الرش فزلق لم يضمن الرأس؛ لأنه تخلل بين السبب والحكم علّة، فيضاف الحكم إليها، وقيل: هذا فيما إذا رش بعض الطريق، بخلاف ما إذا رش جميع الطريق؛ لأنه يضطر في المرور^(٣).

قال: (ولو مال حائط فطولب مالكة بنقضه وأشهد عليه، فلم

ينقضه في مدة الإمكان فسقط ضمن ما تلف به).

إذا مال حائط رجل إلى طريق العامة، فطالبه بنقضه مسلم، أو ذمي، فلم ينقضه في مدة يمكنه فيها نقضه، حتى سقط الحائط ضمن ما تلف به من

(١) من (ج).

(٢) في (ب): (الواضع).

(٣) «المبسوط» ٢٧/٦-٨، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٥٧-٤٥٨، و«الهداية» ٤/٥٣٧-

٥٣٨، و«الاختيار» ٥/٥٠٢-٥٠٣، و«اللباب» ٣/١٦٢-١٦٣.

نفسٍ أو مالٍ فتؤدي عاقلته دية النفس، ولصاحب الحائط ضمانُ المالِ من ماله، والقياسُ مما ينفي وجوب الضمان؛ لأنَّ ميلان الحائط وشغل هواء العامة ليس بفعله وهو ليسَ بمباشر للقتل، فانتفى سبب القتل تسبباً وقصدًا فلا ضمان^(١).

ووجه الاستحسان: أنَّ الهواء الذي هو حقٌّ مشتركٌ بين الناس صار مشغولاً بحائطه، فإذا طُلب بتفريغه وجب عليه تفريغه، فإذا لم يفرغ مع الإمكان صار بامتناعه متعديًا، (وقبل الطلب لم يصِرْ متعديًا)^(٢)؛ لأنَّ الميلان لم يكن بصنعه، ونظيره الريح إذا ألقت ثوبًا إلى حجر إنسانٍ فطلبه منه مالكه، فامتنع من تسليمه إليه في مدة الإمكان حتى هلك الثوب، فإنه يضمنه وإن لم يطلبه لم يضمن، ولو سقط بعد ما شرع في هدمه من حين الطلب لم يضمن ما تلف به؛ لأنه لم يتعد في المنع بعد الطلب، ولو باع الدارَ أنتقلت المطالبة إلى المشتري؛ لأنه لم تبقَ له ولاية نقض الحائط، والمطالبة تختص بمن له ولاية الهدم حتى لا تصح مطالبة المستأجر والمرتهن والمودع، وتصح مطالبة الراهن لقدرته على ذلك بواسطة فكاك الرهن، وكذلك الأب والوصي والأم في حائط الصبي بقيام ولايتهم، والضمان في مال الصبي؛ لأنَّ فعلهم كفعله، والشرط في هذا الباب هو المطالبة على ما مرَّ دون الإشهاد، وإنما الإشهاد أن يقول الرجل: أشهدوا أنني قد تقدمت إلى هذا الرجل وطالبته بنقض هذا الحائط المائل. ولا يصحُّ الإشهاد قبل وهاء الحائط، فمعنى

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ١٦٨/٥، و«المبسوط» ٩١٨/٢٧، و«فتاوى قاضيخان»

٤٦٣/٣، و«الهداية» ٥٤١-٥٤٢/٤، و«الاختيار» ٥٠٣/٥.

(٢) ساقط من (ج).

قوله في المتن: (وأشهد عليه) أي: وأشهد على الطلب بنقضه، ولو بنى الحائط مائلاً قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إسهاد؛ لأنه متعد في بنائه مائلاً، وإنما شرط الترك مدة الإمكان؛ لأنه لا بد من مدة يجعل بتركه النقص فيها جانباً متعدياً / ٩٨ب/ بالامتناع، وإنما قال في المتن: (فطولب)؛ ليشمل الذكر والأنثى، والحرّ والمكاتب، والمسلم والذمي؛ لأن لكلّ منهم حق المرور في الطريق فتصح المطالبة منهم^(١)، ولو سقط الحائط فقتل إنساناً فعثر به آخر فعطب لا يضمنه؛ لأن التفريغ إلى الأولياء، ولو عطب بالنقص ضمنه؛ لأن التفريغ إليه، لأنه ملكه والإسهاد على الحائط إسهاد على النقص؛ لأن المقصود الامتناع عن الشغل^(٢).

قال: (وإن مال إلى دار جاره طالبه هو).

إذا مال الحائط إلى دار جاره فالمطالبة لمن هو في تلك الدار مالكا كان أو ساكناً فيها، ولذلك أطلق الكلام في المتن، وإنما اختص الجار بالمطالبة؛ لأن الحق له على الخصوص، وإنما كان للساكن المطالبة؛ لأن له المطالبة بإزالة ما يشغل الدار فكذا بما يشغل هواها، ولو أبرأه جاره، أو أجّله (جاز ذلك ولا ضمان عليه بالسقوط)^(٣) من بعد؛ لأن الحق له، ولقد تركه، بخلاف ما لو مال الحائط بالطريق العام، فأجّله

(١) «المبسوط» ٩/٢٧-١٠، و«الهداية» ٤/٥٤٢-٥٤٣، و«الاختيار» ٥/٥٠٣، و«البحر الرائق» ٨/٤٠٤.

(٢) «فتاوى قاضيخان» ٣/٤٦٧، و«الهداية» ٤/٥٤٣، و«الاختيار» ٥/٥٠٣، و«البحر الرائق» ٨/٤٠٤.

(٣) غير واضح في الأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

القاضي أو من أشهد عليه بالطلب حيث لم يصح؛ لأنَّ الحقَّ لجماعة الناس وليس للقاضي ولا للمطالب إبطال حقهم^(١).

قال: (ولو طولب أحد خمسة فخمس الدية على عاقلته،
أو حفر أحد ثلاثة في دارهم بئراً بغير إذنهما فعلى
عاقلته ثلثاها، وقال: النصف فيهما)

هاتان مسألتان:

الأولى: إذا كانت دارٌ بين خمسة نفرٍ، فطولب أحدُهم بنقض حائطها المائل، وأشهد عليه فلم ينقض في مدة الإمكان حتى وقع على إنسانٍ فمات فعلى عاقلة من طولب منهم خمس ديته عند أبي حنيفة^(٢) رَحِمَهُ اللهُ.

وقال^(٢): عليهم نصفها.

والثانية: إذا كانت دارٌ بين ثلاثة نفرٍ، فحفر أحدُهم فيها بئراً بغير إذن شريكين، أو بنى حائطاً فعطب به إنسانٌ، فعلى عاقلته ثلثا الدية عند أبي حنيفة^(٢).

وقال^(٢) رحمهم الله: عليهم النصف أيضاً؛ لأنَّ التلف مضافٌ إلى الوقوع في البئر، وهو هدرٌ لو كان الحفر بإذنهما، ومضمونٌ على الحافر لو كان في غير الملك فكان الهدرُ نصفاً، والمعتبرُ نصفاً، فصار كما لو شجَّ نفسه شجرة واحدة، وشجَّه غيره شجرتين، كان نصفه هدرًا، ونصفه معتبرًا.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٣، و«المبسوط» ١٢/٢٧-١٣، و«فتاوى قاضيخان»

٤٦٦/٣، و«فتح القدير» ٣٢٢/١٠، و«البحر الرائق» ٤٠٥/٨.

(٢) «الجامع الصغير» ص ٥١٤، و«مختلف الرواية» ١٩١٠/٤، و«الهداية» ٥٤٣/٤-

٥٤٤، و«البحر الرائق» ٤٠٥/٨.

وله: أن التلف مضاف إلى الوقوع في البئر المحفورة، في ملكه وملك شريكه بدون إذنهما فكان مضافاً إليه، ثم أنقسم على أجزائها أثلاثاً؛ لأن الحافر متعد في جزأيهما اللذين لشريكه غير متعد في جزئها الذي له، فيضمن ما تعدى فيه وهو الثلثان دون ما لم يتعد فيه وهو الثلث، بخلاف الشجرة ونحوها؛ لأن (كل واحد منهما)^(١) سبب صالح للموت وبعضه هدر، وبعضه معتبر فانقسم باعتبار ذلك.

وأما ههنا فالموجود سبب واحد فانضاف إلى المسبب ثم أنقسم على أجزاء السبب، وكذلك في الجدار المائل؛ لأن السبب هو ثقل الجدار، وهو واحد فيقسم على الأجزاء.

قال: (ولو مات فيها غمًا فهو هدر).

إذا حفر بئرًا في غير ملكه، فوقع فيها إنسان فمات من الغم.

قال أبو حنيفة رحمته الله: لا شيء على عاقلة الحافر.

وقال^(٢): عليهم ديته؛ لأن موته مضاف إلى الوقوع في البئر، إذ لولا ذلك لكان في فسخه عن هذا الغم الحادث بالوقوع،

وله: أن الحافر ليس بمباشر لقتله، ولا مسبب فيه فينتفي الضمان، أما أنه غير مباشر فظاهر، وأما أنه غير مسبب؛ فلا أنه لم يمت بسبب حفر البئر؛ لأنه إنما يكون بالغاية أن لو مات بسبب السقوط إقامة لمحل التلف مقام سبب التلف وأنه معدوم ههنا لانضياف الموت إلى شيء آخر لا تعلق له بالفاعل.

(١) في (ب): (كلا منهما).

(٢) «المبسوط» ١٤/٢٧-١٥، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٦٣، و«الهداية» ٤/٥٣٩،

و«الاختيار» ٥/٤٧٩، و«البحر الرائق» ٨/٣٩٧.

قال: (أو جوعًا حكم بالضمان).

إذا وقع إنسانٌ في بئرٍ أحتفرت بغير حقٍّ، فمات فيها جوعًا، قال أبو حنيفة^(١) وأبو يوسف^(٢) رحمهما الله: لا شيء على عاقلة الحافر. وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ^(٣): عليهم دية؛ لأنَّه مات فيها بسبب الوقوع، إذ لولا ذلك لكان يظفر بالطعام، فلا يبلغ جوعه إلى حدِّ التلف. ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(٣): أنَّ موته ليس بسبب الوقوع، والضمان مشروط به، وأبو يوسف^(٣) رَحِمَهُ اللهُ وافق محمدًا في الأولى وخالفه في الثانية، والفرقُ له: أنَّه لا سبب للغمِّ سوى حصوله في البئر، وأنَّه بالوقوع فيها، وأمَّا الجوع فلا يختص بالبئر.

قال: (ولو ألقى الواقعُ فيها آخر وهو آخر وجهلت كيفية موتهم يلغى ثلث دية الأول، ويوجب ثلثها على الحافر، وثلثها على الثاني لا غير، ونصف دية الثاني لا غير على الأول، وأوجب دية الأول على الحافر، والثاني على الأول، ويجب للثالث على الثاني).

رجلٌ حفرَ بئرًا في قارعة الطريق فوقَ فيها إنسانٌ وجرَّ إنسانًا آخر، والثاني ثالثًا، ووقع بضْعُهم على بعضٍ، فماتوا ولا يعلم كيفية موتهم.

(١) «المبسوط» ١٤/٢٧-١٥، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٦٣، و«الهداية» ٤/٥٣٩، و«الاختيار» ٥/٤٧٩، و«البحر الرائق» ٨/٣٩٧.

(٢) «المبسوط» ١٤/٢٧-١٥، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٦٢، و«الهداية» ٤/٥٣٩، و«الاختيار» ٥/٤٧٩، و«البحر الرائق» ٨/٣٩٧.

(٣) «المبسوط» ١٥/٢٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٦٢، و«الهداية» ٤/٥٣٩، و«الاختيار» ٥/٤٧٩، و«البحر الرائق» ٨/٣٩٧.

قال أبو يوسف رحمته الله^(١): تجبُ ثلثُ ديةِ الأولِ على الحافرِ، أي: على عاقلته، ويجبُ الثلثُ الآخرُ على الثاني والثالث (الثالث)^(٢) هدرٌ، ويجبُ نصفُ ديةِ الثاني على الواقعِ الأولِ فقط، ونصفُهُ الثاني هدرٌ.

وقال محمدٌ رحمته الله^(١): تجبُ ديةُ الأولِ على الحافرِ كَمُلًا، وتجبُ ديةُ الثاني على الأولِ كَمُلًا، وأمَّا الثالثُ فتجبُ دِيَتُهُ على الثاني وفاقًا؛ ولهذا أفردَه في المتنِ بقوله: (ويجبُ الثالثُ على الثاني) بصيغة غيرِ خلافية ولم يعطفه على ما قبله؛ لأنَّ الجملتين السابقتين دليلان على قولِ أبي يوسف^(١) /١٩٩/ وعلى قولِ محمد رحمته الله - وهو القياس - أنَّ الحفرَ سببٌ لهلاكٍ مَنْ هلكَ فيها، فالأولُ حصلَ موتهُ عقيبَ السببِ، فيضافُ إليه؛ لكونه سببًا ظاهرًا، والثاني حصلَ موتهُ بسببِ جرِّ الأولِ إياه ظاهرًا، فيضافُ إليه، وكذلك جرُّ الثاني الثالثَ سببٌ ظاهرٌ لموتهِ، فيضافُ إليه؛ لأننا لم نعلمْ مزاحمةَ سببٍ آخرَ، فيعملُ بالظاهرِ.

ولأبي يوسف رحمته الله^(١) - وهو الأستحسان - أنَّ هلاكَ الأولِ يحتملُ أن يكونَ بالوقوعِ، ويحتملُ أن يكونَ بجرِّه الثاني على نفسه، ويحتملُ أن يكونَ بجرِّ الثاني والثالثِ وإلقائه على الأولِ، فيكونُ القتلُ مضافًا إلى الحافرِ على تقديرٍ، وغيرِ مضافٍ إليه على تقديرين، فيغرمُ الثالثُ، وهو مضافٌ إلى الثاني على تقديرٍ، وغيرِ مضافٍ على تقديرين، فيغرمُ الثالثُ، وهو مضافٌ إلى فعلِ الأولِ في نفسه على تقديرٍ، وغيرِ مضافٍ على تقديرين، فيلغو الثالثُ؛ لأنَّ فعلَ الإنسانِ في نفسه غيرُ معتبرٍ في أحكامِ الدنيا.

(١) «المبسوط» ٢٧/١٨-١٩، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٦٢، و«البحر الرائق» ٨/٣٩٧.

(٢) في (ب): (الآخر).

وأما الثاني فيحتمل أن يكون موته مضافاً إلى جرّ الثالث وإلقائه على نفسه، ويحتمل أن يكون الأول جرّه فألقاه في البئر، فيجب النصف على الأول بهذا الاعتبار، ويلغو النصف نظراً إلى الاحتمال الأول، وأما الثالث فكل دية واجبة على عاقلة الثاني؛ لأنه إنما هلك بجرّه إياه وإلقائه في البئر لا غير، وهو سبب ظاهر لم يزاحمه غيره فأضيف إليه^(١).

قال: (ولو حفرها عبد فمات بها إنسان فأعتق مع العلم به، ثم آخر ضمن المولى الدية، وولي الثاني يأخذ منها قدر قيمة العبد، وقالوا: بل يضمن له نصف قيمته من غيرها).

عبد لإنسان أحتفر بئراً عدواناً، فوقع إنسان فمات، فأعتقه المولى مع العلم بموته، ثم مات فيها آخر، كان على المولى الدية الكاملة، ثم إن ولي الثاني يضرب فيها بقدر قيمة العبد، حتى لو كانت قيمته مائتا دينار، فللثاني السدس، وللأول خمسة أسداس الدية^(١).

وقالوا^(١): يسلم لولي الجناية الأولى الدية كاملة، ويضمن المولى لولي الثاني نصف قيمة العبد؛ لأنه اعتبر قاتلاً لهما من حين الحفر، إلا أن المولى علم بالجناية الأولى، دون الثانية، (فكان)^(٢) مختاراً للفداء في حق الأول دون الثاني (فيدفع)^(٣) تمام الدية إلى الأول، ونصف قيمة العبد إلى الثاني كما لو لم يعلم بالأول حين (العتق)^(٤)، فإنه يدفع نصف القيمة إلى ولي الثاني.

(١) «المبسوط» ٦٤/٢٧، و«البحر الرائق» ٣٩٨-٣٩٩/٨، و«اللباب» ١٦٦/٣.

(٢) في (ب): (فصار). (٣) في (ب): (فيضمن).

(٤) في (ج): (العقد).

وله: أن دفع الدية إلى الأول كدفع قيمة العبد إليه، فإنه لو لم يعلم بالأول لكان يدفعه إلى الأول قدر قيمة العبد، ويشاركه الثاني فيها. ولا يكون على المولى شيء آخر، إلا أنه يعلمه بالأول صار مختاراً للفداء الأول، ولا يكون عليه شيء آخر، فيشاركه الثاني الأول، وهو يستحق قدر الدية، والثاني يستحق قدر قيمة العبد فيضرب الأول في الدية بقدر الدية، والثاني فيها بقدر قيمة العبد^(١).

قال: (والنوم أو الجلوس والقيام في المسجد لغير الصلاة موجب لضمان ما تلف به، وكذا طي حصيره ورفع قنديله من أجنبي، ويجب بحفره وبنائه فيه).

إذا دخل رجل المسجد فنام فيه، أو جلس أو قام لغير صلاة فتلف به شيء ضمنه عند أبي حنيفة رحمته الله^(٢)، خلافاً لهما^(٢) وسواء كان من أهل المسجد أو من غير أهله هو الصحيح، ولهذا ليس لأهل المحلة أن يمنعوا غيرهم من الدخول في مسجدهم أو يغلقوا بابه عنه، ولهذا أطلق الجواب في الكتاب، وقيد بالأجنبي في المسألة الثانية، وهي ما إذا دخل (رجل)^(٣) من غير أهل المحلة بحصير إلى المسجد أو طوى حصيره أو علّق فيه قنديلاً، فإنه يضمن ما تلف بذلك عند أبي حنيفة رحمته الله^(٤)، خلافاً لهما^(٤).

(١) «المبسوط» ٤٦/٢٧، و«البحر الرائق» ٣٩٨/٨-٣٩٨، و«اللباب» ١٦٦/٣.

(٢) «المبسوط» ٢٤/٢٧، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٣/٣، و«الهداية» ٥٤١/٤، و«البحر الرائق» ٤٠١/٨.

(٣) من (ب)، و(ج).

(٤) «المبسوط» ٢٤/٢٧، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٣/٣، و«الهداية» ٥٤١/٤، و«البحر الرائق» ٤٠١/٨.

ولو كان من أهل المحلة لم يضمن، والاتفاق حاصلٌ على أنه متى حفرَ الأجنبيُّ في المسجدِ بئراً أو بنى فيه بناءً فإنه يضمن، ولو فعلَ ذلك أحدٌ من أهلِ المسجدِ لم يضمن.

لهما: في الأولى أنَّ هذه الأفعال مباحة له في المسجد، فلم يكن في نومه أو جلوسه أو قيامه متعدياً، فلا يضمن كما لو كان في الصلاة.

وله: أنَّ المسجدَ مبنيٌّ للصلاة لا لهذه الأفعال، فكان متعدياً بمباشرتها، وقيل: إنما يكون الجلوس مضمناً على قوله: إن لو كان جالساً يشتغل بأمور الدنيا، أما لو كان جالساً يسبح الله تعالى، وينتظر الصلاةَ فحكمه حكم من هو في الصلاة؛ لأنَّ المسجد موضوع لذلك، قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تَرْفَعَ وَيُذَكَّرَ فِيهَا أَسْمُهُ﴾ [النور: ٣٦].

ولهما: في الثانية اعتبار الأجنبي بأهل المحلة، والفرقُ لهما بين تعليق القنديل وطي الحصير وبين الحفر والبناء، حيث فصلا فيهما بين الأجنبي وغيره أن أهل المحلة يتنزلون من المسجد منزلة الملاك، والأجنبي منزلة المستعير؛ لكونه مأذوناً له في الدخول، وللمستعير أن يدخل الحصير والقنديل في الدار المستعارة، وليس له أن يبني فيها، ولا أن يحفر بئراً، (بخلاف)^(١) أهل المحلة؛ لأنَّهم كالملاك / ٩٩ب/ فلهم ذلك وله أنه فعل ذلك في بقعة، غيره من أهلها أحقُّ بتدبير ذلك فيها، فكان فعله مشروطاً بالسلامة، كما لو فعل ذلك في منزلٍ غيره، وفعل أهل المحلة لذلك مطلقٌ لتنزلهم منزلة الملاك^(٢).

(١) في (ج): (خلا).

(٢) «المبسوط» ٢٧/٢٤، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٦٣، و«الهداية» ٤/٥٤١، و«فتح القدير» ١٠/٣١٨، و«البحر الرائق» ٨/٤٠١، و«درر الحكام» ٢/١١٠.

قال: (ويضمن الراكب ما أوطأت الدابة بيدها ورجلها
أو كدمت أو صدمت لا ما نفحت برجلها أو ذنبها
أو تلف بروثها سائرة أو واقفة له).

راكب الدابة إما أن يكون سائرًا بها في ملك نفسه فلا يضمن بما يتولد من سيرها وحركاتها إلا الوطء؛ لأن ذلك تصرف منه في ملك نفسه فلم يكن متعديًا، فلم يكن مشروطًا بالسلامة كحافر البئر في ملكه، إلا أن الوطء بمنزلة فعله لحصول الهلاك بثقله، ولهذا وجبت عليه الكفارة في الوطء دون غيره. وإن كان سائرًا بها في ملك غيره فإنه يضمن ما جنت الدابة واقفًا كان أو سائرًا بوطئها ونفحها^(١) وكدمها؛ لأنه بإشغاله ملك غيره متعدد، سواء كان سائرًا أو واقفًا حتى لو كان مأذونًا له في ذلك، من قبل المالك، ينزل بمنزلة ملك نفسه، فإن كان في طريق العامة - وهي مسألة الكتاب - فإنه يضمن ما أوطأت بيدها أو رجليها أو كدمت أو صدمت أو أصابت برأسها أو خبطت، ولا يضمن ما نفحت بذنبها ولا برجلها، والأصل أن المرور في الطريق حقه وحق العامة؛ لأنه مشترك بينهم جميعًا، فكانت الإباحة مقيدة بشرط السلامة، أمّا الإباحة فباعتبار حق نفسه، وأمّا اشتراط السلامة فلحق غيره نظرًا للجانبين، فيشترط السلامة فيما يمكن التحرز عنه لا فيما لا يمكن.

فالإيطاء وأخواته مما يمكن الاحتراز عنه؛ لأن ذلك بمرأى من عينه، وأمّا النفحة فلا يمكن التحرز (عنها حالة السير؛ لأنها ليست بمرأى منه، فلم يشترط فيها السلامة، فإن أوقفها فنفحت ضمن؛ لأنه يمكن التحرز)^(٢)

(١) نفحت الدابة نفحة ضربت بحافرها. «المصباح المنير» ص ٣٦٥ مادة نفح.

(٢) ساقط من (ب).

عنه ؛ لعدم الإيقاف.

وإن راثت في الطريق وهي سائرة أو واقفةً لذلك فلا ضمان عليه فيما تلف بذلك ؛ لعدم إمكان التحرز.

أمّا حالة السير فظاهر، وأمّا حالة الإيقاف كذلك فلأنّ من الدواب ما لا يروث حتى يقف، وفي التقييد بقوله : (أو واقفةً له) دليل على أنّه لو أوقفها لغير ذلك فإنه يضمن لإمكان التحرز عن ذلك ؛ لعدم الإيقاف - والتنبيه على هذا التفصيل من الزوائد - فإنّ القدوري أطلق على عدم الضمان^(١).

فروع : باب المسجد في الإيقاف فيه كالطريق، فلو جعل الإمام للمسلمين موضعاً يوقفون فيه الدوابّ عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الإيقاف فيه، وكذلك وقوف الدوابّ في السوق التي تباع فيه، الإذن من ذلك من قبل السلطان، وكذلك الفلاة إذا لم يكن واقفاً في المحجة ؛ لأنّ الوقوف في الفلاة لا يضرّ بالناس، إذا لم يكن في المحجة، فإنّ المحجة^(٢) كالطريق^(٣).

قال : (والقائد ما أصابت بيدها دون رجلها، والسائق

ما أصابت بهما، وقيل : كالقائد في الأصحّ).

القائد مرفوع عطفًا على الراكب، وكذلك السائق أيضًا، أي : ويضمن السائق كما يضمن القائد، وهذا القول والتنبيه على صحته من الزوائد.

(١) «المبسوط» ٨٨/٢٦-٨٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٣/٣، ٤٠١/٦، و«الهداية» ٥٤٤/٤، و«الاختيار» ٥٠٤/٥، و«البحر الرائق» ٤٠٦-٤٠٧، و«درر الحكام» ١١٢-١١١/٢.

(٢) المحجة الطريق المستقيم . «المعجم الوسيط» ١٥٧/١ مادة حج.

(٣) «فتاوى قاضيخان» ٤٥٦/٣، و«درر الحكام» ١١٢/٢، و«البحر الرائق» ٤٠٧/٨.

أمّا القائد فإنه يضمن ما أوطأت بيدها دون رجلها ؛ لأنّه يمكنه التحرزُ (عنه)^(١) في الوطءِ دونَ النفحةِ بالرجلِ ؛ لأنَّ الأولَ بمرأى منه دون الثاني ، فكان كالراكبِ ، وأمّا السائقُ فوجه القولِ الأولِ الذي ذكره القدوري وهو الضمان بما أصابتُ بهما جميعًا : أنّهما بمرأى من السائقِ فيمكنه الاحترازُ عنه بتحذير الناس عنها والتحذير منها ، ووجه الأصحّ الذي مال إليه أكثرُ المشايخ أنه ليسَ على رجلها ما يمنعها من النفحة ، وإن كانت بمرأى من عينه فلا يمكن التحرز عنها^(٢).

فروع : وإذا وطئت دابةُ الراكبِ بيدها ورجلها تعلّق بذلك حرمانُ الميراثِ والوصيةِ ووجبَت الكفارةُ ؛ لأنّه مباشرٌ ، والكفارةُ إنما تجبُ على المباشرِ ، وكذلك حرمانُ الميراثِ والوصيةِ^(٣) ، ولو نخسها رجلٌ فأصابتُ على الفور رجلًا ضمن الناحسُ لإضافة هذه الإصابةِ إلى النخسة ؛ لعدم تخلل ما يقطع النسبةَ إليها مع جريانِ العادةِ بالنفحةِ والوثبةِ عند النخس ، والراكب مضطّرٌّ في ذلك ، فلم (يكن هذا)^(٤) الحادث مضافًا إلى سيره ، فصارَ الناحسُ هو المسبّبُ ، (ولو سقط الراكبُ ضمنه الناحسُ أيضًا ، ولو قتلت الدابةُ الناحسَ)^(٥) فهو هدرٌ ؛ لأنَّ ذلك مضافٌ إلى فعله فصار كما لو ألقى نفسه في بئرٍ ، ولو أمره

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٥٤٥/٤ ، و«فتح القدير» ٣٢٧/١٠ ، و«الاختيار» ٥٠٤/٥ ، و«البحر الرائق» ٤٠٨/٨ ، و«درر الحكام» ١١٢/٢ .

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٣ ، و«المبسوط» ١٩٠/٢٦ ، و«الهداية» ٥٤٥/٤ ، و«الاختيار» ٥٠٥/٥ ، و«البحر الرائق» ٤٠٧/٨ - ٤٠٨ .

(٤) طمس بالأصل ، والمثبت من (ب) ، و(ج) .

(٥) ساقط من (ب) .

الراكب بالنخسِ ضمن الراكب لصحة أمره، ولو نفرت عن حجر وضعه آخرُ في الطريق، فالواضع هو الضامنُ وينزلُ منزلة الناحس^(١).

قال: (وقائدُ قطار ما أوطأ).

هذا معطوفٌ على ما سبق، أي: يضمنُ قائدُ القطار ما أوطأ القطارُ كله؛ لأنَّ عليه ضبطه وحفظه وصيانته عن الوطء والصدمة^(٢).

قال: (فإن كان معه سائقٌ ضمناً).

لأنَّ السائقَ سائقٌ لكلِّه / ١٠٠ / وكذا القائدُ بحكم الاتصالِ فيستويان^{(٣)(٤)}.

قال: (ونوجب دية كلِّ من المصطدمين على عاقلة الآخر لا نصفها).

إذا اصطدمَ فارسان فماتاً فدية كلُّ منهما على عاقلة الآخر^(٥). وقال الشافعي^(٦) رَحِمَهُ اللهُ: نصفُ دية كلِّ منهما على عاقلة الآخر؛

(١) «المبسوط» ٢/٢٧، و«فتاوى قاضيخان» ٤٥٦/٣، و«الهداية» ٥٤٩/٤،

و«الاختيار» ٥٠٥/٥، و«درر الحكام» ١١٤/٢، و«البحر الرائق» ٤٠٨/٨.

(٢) «المبسوط» ٣/٢٧، و«فتاوى قاضيخان» ٤٥٦-٤٥٥/٣، و«الهداية» ٥٤٧/٤،

و«البحر الرائق» ٤٠٨/٨.

(٣) «المبسوط» ١٩٠/٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٥٦/٣، و«الاختيار» ٥٠٩/٥،

و«اللباب» ١٦٤/٣.

(٤) في (ج): (فتستوفيان).

(٥) «المبسوط» ١٩٠/٢٦، و«الهداية» ٥٤٦/٤، و«الاختيار» ٥٠٥/٥، و«اللباب»

١٦٨/٣، و«البحر الرائق» ٤١٠/٨.

(٦) «الأم» ٨٥/٦، و«المهذب» ١٩٥/٢، و«الوجيز» ١٥١/٢، و«تكملة تكملة

المجموع» ١٦٣/٢٠.

لحصول تلف كل منهما بفعله وفعل صاحبه، فيسقط ما تلف بفعله، ويجب ما كان بفعل الآخر، كما لو جرح نفسه وجرحه آخر فإنه يجب نصف الضمان إذا مات منهما.

ولنا^(١): أن التلف مضاف إليهما بالتسبب لا بالمباشرة، والتسبب يعتمد وصف التعدي. ومشى كل (واحد)^(٢) منهما بالنسبة إلى نفسه مباح^(٣) فلم يتصف فعله في حق نفسه؛ لكونه عدواناً، فلم يكن التلف مضافاً إليه؛ لعدم شرط الأنضيايف، وأمّا في حق غيره فمشيه مباح، لكن مشروط بالسلامة، فإذا لم يتحقق الشرط أرتفعت الإباحة، فكان مشيه في حقه عدواناً؛ لأنّ فعل المكلف لا يخلو عن هذين الأمرين، فكان فعله في حق نفسه مباحاً وفي حق غيره محظوراً، فكان تلف غيره مضافاً إليه، وتلف نفسه مضافاً إلى صاحبه؛ لوجود شرط الأنضيايف إلى كل منهما في حق غيره لا في حق نفسه، وصار كالماشي مع الحافر، فإنّ التلف حاصل بفعلهما وهو الحفر والمشى، إلّا أنّ المشى لما كان مباحاً أضيف التلف إلى الحافر؛ لكون الحفر محظوراً، وإن كان حاصلًا منهما، بخلاف ما لو جرح نفسه وجرحه غيره؛ لأنّ التلف يضاف إلى الفعل الواقع مباشرة، ولا تتوقف إضافة التلف إلى المباشر على وقوعه محظوراً، والموجود منهما في مسألتنا التسبب، والإضافة متوقفة على أنضيايفه بالحظر فافترقا^(١).

(١) «المبسوط» ١٩٠/٢٦، و«الهداية» ٥٤٦/٤، و«الاختيار» ٥٠٥/٥، و«اللباب»

١٦٨/٣، و«البحر الرائق» ٤١٠/٨.

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): (مضاف).

قال: (وورثوا كلا من الزوجين من دية الآخر).

أحد الزوجين يرث من دية الزوج الآخر^(١).

وقال مالك رحمته الله: لا يرث منها؛ لأنها بدلٌ لنفسه، ولا حقٌّ لأحدهما في نفس الآخر بعد ارتفاع الزوجية بالموت، بخلاف المال؛ لثبوت حق كل منهما في تركه الآخر بالنص.

ولنا^(١): ما روي أنه عليه السلام ورث امرأة أشيم الصبائي من عقل زوجها أشيم^(٢)؛ ولأن الدية من التركة أيضًا، ولهذا يقضي منها ديونته وينفذ وصاياه ويرثها أقاربه فكذا أحد الزوجين^(٣).

قال: (وتضمنه قيمة جمل صال عليه فقتله).

إذا صال الجملُ على إنسانٍ فقتله ذلك الإنسانُ دفعًا ضمن قيمته.
وقال الشافعي رحمته الله^(٤): لا يضمن؛ لأنه محمولٌ على قتله من جهته، فيكون القتلُ مضافًا إلى الجملِ معنى بمنزلة المكره، فإن القتلَ يضافُ إليه، وإن وجد من المكره صورة بواسطة كونه مضطرًا إليه بالإكراه فكان كالآلة، وصار كصيد الحرم إذا صال على الحلالِ فقتله، وكالسبع إذا صال على المحرمِ عندكم.

(١) «المبسوط» ٤٩/٣٠.

(٢) رواه أبو داود (٢٩٢٧)، والترمذي (١٤١٥)، وأحمد ٤٥٢/٣، وقال الترمذي: حسن صحيح.

وانظر ترجمة أشيم في «أسد الغابة» ١١٩/١ (١٨٦)، و«الإصابة» ٥٢/١ (١٠٧).
(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٢١٠-٢١١/٥، و«وسائل الإسلاف» ص ٦٦٦، و«إيثار الإنصاف» ص ٨٠٢.

(٤) «الأم» ١٧٧/٦، و«المهذب» ٢٢٦/٢، و«روضة الطالبين» ٣٩١/٧، و«تكملة تكملة المجموع» ٤٠٧/٢٠.

ولنا^(١): أَنَّ عَصْمَةَ هَذِهِ الدَّابَّةِ لَيْسَ لِدَايَتِهَا، بَلْ لِحَقِّ مَالِكِهَا فَتَدُومُ عَصَمَتُهَا بِدَوَامِهِ، وَحَقُّهُ لَا يَسْقُطُ بِصَيَالِهَا بَلْ يَبَاحُ لَهُ إِتْلَافُهَا حَالَ الصِّيَالِ بِالْقِيَمَةِ لَا قَبْلَهُ، وَصَارَ كَتَنَاوُلِ الْمُضْطَرِّ خَبَرَ غَيْرِهِ يَبَاحُ حَالَةُ الْمُخْمَصَةِ بِالْقِيَمَةِ، وَقَبْلَهُ لَا يَبَاحُ بِخِلَافِ صَيْدِ الْحَرَمِ؛ لِأَنَّ حَرَمَتَهُ لِدَايَتِهِ، وَالْجِزَاءُ وَاجِبٌ حَقًّا لَهُ، فَإِذَا صَالَ بَطَلَتْ حَرَمَتُهُ وَجَعَلَ الدَّابَّةُ قَاتِلَةً لِنَفْسِهَا قَبْلَ تَحْقِيقِهِ، وَلَيْسَ هَذَا كَالْمَكْرِهِ، فَإِنَّهُ يَحْصُلُ مَقْصُودُهُ بِاسْتِعْمَالِ الْمَكْرِهِ، وَالدَّابَّةُ هُنَا لَمْ تَسْتَعْمَلِ الْإِنْسَانَ فِي قَتْلِ نَفْسِهَا، بَلْ هُوَ قَاتِلُهَا قَصْدًا؛ دَفْعًا لِأَذَاهَا عَنْهُ، فَلَا تَبْطُلُ عَصْمَةُ مَالِكِهَا بِذَلِكَ.

فصلٌ: في جناية العبد والجناية عليه

قال: (إذا جنى العبدُ خطأً فإن شاء مولاه دفعه إلى الولي فيملكه، وإلا فداه بالأرشِ حالا).

إذا جنى العبدُ جنايةً خطأً قيل لمولاه: إمَّا أَنْ تَدْفِعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ، وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ، فَإِنْ دَفَعَهُ (إِلَيْهِ)^(٢) مَلَكَهُ وَلِيُّ الْجَنَايَةِ، وَإِنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ فَدَاهُ بِأَرْشِ الْجَنَايَةِ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ الْجَنَايَةُ عَلَى حُرٍّ أَوْ عَلَى عَبْدٍ فِي النَّفْسِ أَوْ فِي مَا دُونِهَا قُلُ الْأَرْشِ أَوْ كَثُرَ، لَمَّا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما قَالَ: إِذَا جَنَى الْعَبْدُ فَمَوْلَاهُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ دَفَعَهُ وَإِنْ شَاءَ فَدَاهُ، وَلَأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْجَنَايَةِ عَلَى الْآدَمِيِّ خَطَأٌ أَنْ تَجِبَ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ تَحَرُّزًا عَنْ اسْتِئْصَالِ الْخَطَا وَالْإِجْحَافِ بِهِ؛ لِكُونِهِ مَعْذُورًا، حَيْثُ لَمْ يَتَعَمَّدِ الْجَنَايَةَ، وَعَاقِلَةُ الْعَبْدِ مَوْلَاهُ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يَسْتَنْصِرُ بِهِ، وَهُوَ الْأَصْلُ فِيهِ (بِحَيْثُ

(١) «مختصر أختلاف العلماء» ٥/ ٢١٠-٢١١، و«وسائل الإسلام» ص ٦٦٦، و«إيثار

الإنصاف» ص ٨٠٢.

(٢) من (ب)، و(ج).

وجب^(١) على أهل الديوان، بخلاف الذمي؛ لأنَّ أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة، فيجبُ في الذمة صيانة عن إهدار الدَّم، وبخلاف الجناية على المال؛ (لأنَّ العواقل لا تعقل المال)^(٢)، إلَّا أنَّ في تخيير المولى نوع تخفيف كيلا يستأصل، والواجبُ في الأصل هو الدفع في الأصحَّ، وله حقُّ الانتقال إلى الفداء كما في مال الزكاة، وفي لفظ الكتاب ما يدلُّ عليه، حيثُ قال: (وإلا فداء بأرشي)، ولم (يستو)^(٣) ١٠٠/ب الخيار بين الأمرين، وإذا دفعه إلى ولي الجناية ملكه الولي، وإنَّ فداء فداء بأرشي الجناية، وكل ذلك يلزمه حالاً^(٤)، والتنبيه عليه من الزوائد.

أما في الدفع؛ فلأنَّ التأجيل^(٥) في الأعمال باطلٌ، وهو عند اختيار دفعه (الواجب)^(٦) عين.

وأما الفداء فهو بدلٌ عن العبدِ شرعاً، وإن كان مقدراً بالتالف، ولهذا سُمِّيَ فداءً فيقوم مقامه فيأخذ حكمه، فوجب حالاً كالمبدل، وإنهما فعلُ المولى فلا شيء لولي الجناية غير ذلك، أمَّا الدَّفْعُ فلتعلق حقه بالعبد، فإذا خلَّى بينه وبين رقبتة سقطت مطالبته عن المولى. وأمَّا الفداء فلأنَّ المولى لا حقَّ له إلَّا الأرش، فإذا أوفاه حقه سلَّم العبد له، فإن لم يختَر شيئاً حتى مات العبد سقط حقُّ المجني عليه؛ لفوات محلِّ حقه،

(١) في (ب): (حتى تجب).

(٢) ساقط من (ب). (٣) في (ب): (ينف).

(٤) «المبسوط» ٢٦/٢٧، و«الهداية» ٤/٥٥٠-٥٥١، و«الاختيار» ٥/٥٠٧، و«البحر الرائق» ٤١٦/٨، و«اللباب» ٣/١٦٥.

(٥) في (ب): (التعجيل).

(٦) من (ب).

وإن مات بعد اختيار المولى الفداء لم يسقط؛ لتحول الحق إلى ذمة المولى^(١).

قال: (فإن جنى ثانياً عاد الحكم).

يعني (بعد)^(٢) أن فداء المولى، أي: يخير المولى بين دفعه إلى ولي الجناية الثانية أو فدائه بأرشها؛ لأنه لما فداه عن الأول ظهر العبد عنها، وجعلت الجناية كأن لم تكن، وهذه جناية مبتدأة وكذلك الحكم في ثالث ورابع^(٣).

قال: (أو أكثر من واحدة خير (بين)^(٢) دفعه إلى الأولياء يقتسمونه بقدر حقوقهم أو فدائه بأروشهم).

إذا جنى العبد أكثر من جناية واحدة، أي: قبل الفداء، وإنما لم يقل جنايتين؛ لأن في تعريف حكم الجمع تعريف حكم المثنى؛ لأنه أشمل، وهذا اللفظ يعمهما خير مولاه، إن شاء دفعه إلى أولياء تلك الجنايات فيقتسمونه بينهم على مقدار حقوقهم، أي: مقدار الأروش. وإما أن يفديه المولى بجميع الأروش؛ لأن تعلق الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية؛ كالديون التي يتبع بعضها بعضاً، ألا ترى أن ملك المولى لم يكن مانعاً من تعلق الجناية، فحق المجني عليه الأول أولى؛ لعدم المنع^(٣).

(١) «المبسوط» ٢٦/٢٧، و«الهداية» ٥٥٠/٤-٥٥١، و«الاختيار» ٥٠٧/٥، و«البحر الرائق» ٤١٦/٨، و«اللباب» ١٦٥/٣.

(٢) من (ب)، و(ج).

(٣) «الهداية» ٥٥١/٤، و«الاختيار» ٥٠٧/٥، و«البحر الرائق» ٤١٨/٨، و«اللباب» ١٦٥/٣.

قال: (ولو أعتقه أو باعه أو وهبه (أو دبّره)^(١)، أو أستولدها قبل العلم بها ضمن الأقل من القيمة والأرش، أو بعده ضمن الأرش).

إذا أعتق المولى العبد أو وهبه أو باعه أو دبّره، أو أستولد الأمة قبل العلم بالجناية ضمن الأقل من قيمة الأرش^(٢) ومن أرش الجناية؛ لأنه فوت حقه بما صنع فيضمنه، وحقه في أقلهما، ولا يصير بذلك مختاراً للفداء؛ لأنّ الاختيار يستلزم سبق العلم، وإن علم بالجناية وأخرجه عن ملكه يأخذ هذه الأشياء ضمن الأرش؛ لأنه صار مختاراً للفداء^(٣)؛ لأنّ الإعتاق يمنع من الدّفع إليه، فالإقدام عليه اختيار للفداء، وكذا أخوات الإعتاق؛ لأنّ كلّاً منها^(٤) مانع من دفعه إلى الولي؛ لزوال الملك به، وإطلاق الجواب ينتظم النّفس وما دونها، وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري؛ لأنه مما يزيل الملك، بخلاف ما إذا كان للبائع ونقضه؛ لأنّ الملك لا يزول به، ولو باع بيعاً فاسداً فلا يصير مختاراً إلا بالتسليم؛ لأنّ زوال الملك فيه بالقبض على ما مرّ في البيوع، ولو باعه من المجني عليه فهو مختار للفداء، بخلاف الهبة منه، والفرق أن استحقاقه في أخذه بغير عوض، وهو حاصل في الهبة دون البيع^(٥).

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (العبد).

(٣) من (ب)، و(ج).

(٤) في (ب): (منهما).

(٥) «الهداية» ٥٥٢/٤، و«الاختيار» ٥٠٧/٥، و«البحر الرائق» ٤١٨/٨-٤١٩، و«اللباب» ١٦٦/٣.

قال: (وما جعلناه بالإجارة والرهن والعرض على البيع والإقرار بعده مختاراً للفداء).

إذا علم المولى بالجناية، فأجر العبد أو رهنه أو عرضه للبيع أو أقر به لغيره، فهو على خياره، إن شاء دفعه بالجناية وإن شاء فداه^(١).

وقال زفر^(٢) رحمه الله: هو بذلك مختار للفداء؛ لأن هذه الأشياء دليل إمساك العبد، فيصير (به)^(٣) مختاراً للفداء كما في التدبير والاستيلاء.

ولنا^(٤): أن هذه التصرفات قابلة للنقض، فلم يثبت بها الاختيار، بخلاف التدبير والاستيلاء؛ لعدم قبولهما للنقض، وأما الإقرار فله فيه أن العبد له ظاهر، فإذا أقر به لغيره فقد أمتنع عليه دفعه في الجناية فكان مختاراً للفداء بذلك^(٥).

ولنا: أن المقر له إن كذبه في الإقرار التحق الإقرار بعدمه، والعبد جان على ملكه، فثبت الخيار للمولى، وإن صدقه في الإقرار كان العبد جانيًا على ملك المقر له، (فيثبت الخيار للمقر له)^(٥)؛ لأن الجاني عبده^(٦).

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٠٥/٥، و«الاختيار» ٥٠٨/٥، و«درر الحكام» ١١٥/٥.

(٢) «مختلف الرواية» ١٨٨٥/٤، و«المبسوط» ٤١/٢٧.

(٣) من (ب).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٠٥/٥-٥٥٣، و«الهداية» ٥٥٢/٤، و«الاختيار» ٥٠٨/٥.

(٥) ساقطة من (ب).

(٦) «المبسوط» ٤١/٢٧.

قال: (ولو علّق عتقه بقتل زيد فقتله خطأ، جعلناه مختاراً له،
وألزمناه الدية لا القيمة).

إذا قال المولى لعبده: إن قتلت فلاناً فأنت حرّ. فقتله العبد خطأ يصير
مختاراً للفداء، وعليه الدية^(١).

وقال زفر رحمه الله^(٢): لا يصير مختاراً (للفداء)^(٣)، وعليه القيمة؛ لأنّه لم
يوجد منه الاختيار بعد الجناية. ألا ترى أنه لو علّق طلاقاً أو عتاقاً بشرط،
ثم حلف لا يطلق أو لا يعتق فوجد الشرط، لم يحنث في يمينه تلك. كذا
هذا.

ولنا^(٢): أنه وجد منه؛ لأنّ المعلّق بالشرط كالمرسل عند وجوده،
فكأنه قال بعد العلم بالقتل: أنت حرّ. فتلزمه الدية، ألا ترى أنه لو قال
لامرأته: إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير^(٤) ابتداءً للإيلاء من حين
الدخول، وكذا إن مرضت، فأنت طالق ثلاثاً، فمرض حتى طلقت
ثلاثاً، ومات من ذلك المرض يصير فاراً؛ لأنّه يصير مطلقاً / ١٠١ / من
حين وجود المرض بخلاف ما استشهد به^(٢)؛ لأنّ مراده طلاق أو عتق
يمكنه الامتناع عنه؛ إذ اليمين للمنع، فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع
عنه، ولأنّه حرّضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه،
والظاهر الإقدام عليه، فقامت دلالة الاختيار.

(١) «الهداية» ٥٥٣/٤، و«درر الحكام» ١١٥/٢، و«البحر الرائق» ٤٢١/٨.

(٢) «الهداية» ٥٥٣-٥٥٢/٤، و«درر الحكام» ١١٥/٢، و«البحر الرائق» ٤٢١/٨.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب): (تعين).

قال: (والمفلس إذا أختارَه لا يجبرُ على الدفع).

عبدُ المفلس إذا جنى جنايةً خطأً، فاختر مولاَه الفداء. قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(١): لا يجبرُ على الدفع.

وقال^(١): يجبرُ على دفع العبد. وهذه من فروع اختلافهم في تحقُّق الإفلاس وعدمه، فعندهما^(١) يتحقَّق الإفلاس، وعنده^(١) لا يتحقَّق.

قال: (ولو جنى مكاتبٌ، فلم يقضِ بشيءٍ حتَّى جنى أخرى، أوجبنا قيمةً واحدةً لا ثنتين).

المكاتب إذا قتل اثنين خطأً، ولم يكن القاضي قضى للأوّل بالقيمة حتّى قتل الثاني لم تجب إلا قيمة واحدة^(٢).

وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ^(٢): تجب قيمتان، في كل قتل قيمة؛ لأن بالجناية الأولى وجبت القيمة في رقبته؛ لتعذر الدفع بواسطة الكتابة فوجدت الثانية، وليست الرقبة مشغولة بحق الدفع فوجب الدفع؛ لأنه الموجب الأصلي، فإذا تعذر وجبت القيمة كما لو سبق القضاء بالقيمة في الأولى.

ولنا^(٢): أنه لم يقع اليأس عن الدفع في الأولى قبل القضاء لجواز عجز المكاتب، فكان عند الجناية الثانية كأنه مستحق الدفع واستحقاقه لا يتكرّر، فيجب الدفع إليهما مرةً واحدةً، وقد يُعزّر للكتابة فيجب دفع قيمة واحدة إليهما؛ لقيام القيمة مقام العبد، بخلاف ما لو سبق القضاء بالقيمة لحصول اليأس عن الدفع؛ ولهذا لو عجز بعد القضاء بها لا يدفع، فإذا

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٤، و«المبسوط» ٢٧/٣٦-٣٧، و«الهداية» ٤/٥٥١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٥٤، و«المبسوط» ٢٧/٣٦-٣٧، و«بدائع الصنائع»

٤/٢٣٠-٢٣١، و«الهداية» ٤/٥٥١.

أنتقل الموجب الأصلي إلى القيمة بالقضاء وجب بالثانية قيمة أخرى لوجودها، واليأس غير حاصل عن الموجب الأصلي وهو الدفع؛ ولهذا لو عجز يدفع إلى الثاني، فصار الدفع كالمستحق، فإذا تعذر وجبت القيمة.

قال: (وألزمتنا مولى المدبر قيمة واحدة (عن جنائيه).

المدبر إذا جنى جناية أو ثنتين أو ثلاثة أو أكثر كان على المولى قيمة واحدة^(١)(٢).

وقال زفر رحمته الله^(٢): عليه لكل جناية قيمة واحدة؛ لأن قيمة الجناية الأولى تجب في ذمة المولى لتعذر دفعه بسبب التدبير الذي هو فعله، فكان المدبر غير مشغول بالدين عند الجناية الثانية، فيصير الدين مستحقاً بالثانية، وقد منعه المولى بسبب تدبيره السابق، فيلزمه قيمته^(٣) وهلم جراً فيما يتبعها من الجنایات.

ولنا^(٤): أن المولى لم يحبس أولاً عن أولياء الجنایات بسبب التدبير إلا رقة واحدة، فلا تلزمه إلا قيمة واحدة.

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الجامع الكبير» ص ٣٤٧، ٤٠٠، و«المبسوط» ٢٧/٧٠-٧١، و«الهداية» ٤/٥٦٠-٥٦١، و«فتح القدير» ١٠/٣٦٤، و«البحر الرائق» ٨/٤٤١.

(٣) في (ب): (بسببه).

(٤) «الجامع الكبير» ص ٣٤٧، ٤٠٠، و«المبسوط» ٢٧/٧٠-٧١، و«الهداية» ٤/٥٦٠-٥٦١، و«البحر الرائق» ٨/٤٤١.

قال: (ولو قتل خطأ وآخر عمداً فعفا أحد وليي العمد فقيمتُهُ مقسومةً ثلثين لولي الأولي، وثلثاً لشريك العافي وقالوا: أرباعاً).

إذا قتل المدبر رجلاً خطأ ثم قتل آخر عمداً، وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما فبطل نصيبه، وانقلب نصيب الآخر مالاً وضمن المولى قيمة المدبر قسمت القيمة بين الأولياء أثلاثاً عند أبي حنيفة^(١) رحمته الله بالعول والمضاربة، ثلثين لولي الجناية الأولي، وثلثاً لشريك العافي.

وقالوا^(٢): تُقسَّم أرباعاً بالمنازعة، ثلاثة الأرباع لولي الأولي، وربع لشريك العافي، وعلى هذا لو كان القاتل عبداً فدفعه مولاه كيف تقسم؟ (وعلى هذا ما مر في كتاب المأذون، عبد بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأجنبي مائة فبيع بمائة كيف تقسم)^(٣)؟

وهنا مسائل آخر الخلاف فيها على عكس هذا:

أحدها: أثنان تنازعا في دار يدعي أحدهما نصفها والآخر الكل، وأقام كل منهما بيّنة قسّمت بينهما أرباعاً عنده^(١) بالعول، وعندهما^(٢) أثلاثاً بالمنازعة.

والثانية: إذا أوصى بكل عبده لرجل، ولآخر بنصفه وهو يخرج من الثلث، (كيف يقسم بينهما؟)^(٣).

(١) «المبسوط» ٢٧/٧٥-٧٦، و«الهداية» ٤/٥٥٦، و«البحر الرائق» ٨/٤٣١.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المبسوط» ٢٨/١١٨-١١٩، و«بدائع الصنائع» ٨/٢٨٨-٢٨٩، و«الهداية» ٤/٥٨٨، و«الاختيار» ٥/٥٣٣.

الثالثة: إذا أوصى بكلِّ ماله لإنسانٍ ولآخرَ بنصفه^(١)، وأجازت الورثة، كيف يقسَّم؟ فهو على هذا الخلاف. وقد وقع الاتفاقُ في مسائل كثيرة على أنَّ القسمة بالعلول والمضاربة، منها مسائل الفرائض إذا ضاقت التركة عن سهام ذوي الفروض^(٢).

ومنها: إذا مات وترك ألفاً، وعليه لرجل ألف، ولآخر ألفان فإنها تقسَّم أثلاثاً. ومنها: إذا أوصى بثلث ماله لرجل، وبربعه لآخر، فالقسمة بالعلول^(٣).

ومنها: مدبرٌ قتل رجلاً خطأ، وقطع يدَ آخر، وضمن المولى قيمته فإنها تقسَّم بالعلول^(٤) ^(٥).

ومنها: العبدُ إذا قتل خطأ، وقطع يدَ آخر، ودفعَ مولاه^(٦).

ومنها: مسألة الزيادات: إذا أوصى لامرأته بجميع ماله، ولأجنبيٍّ بجميع ماله ولا وارثٍ سواها ثمَّ مات فإنه يدفعُ إلى الأجنبيِّ الثلث؛ لوجوب تقديم الإيصاء بالثلث على الميراث وعلى الوصية للوارث، ثمَّ يدفعُ إلى المرأة ربعَ الباقي؛ إذ الميراثُ مقدَّم على الوصية للوارث، وعلى الوصية بما زاد على الثلث، فاحتيجَ إلى حسابٍ له ثلثٌ وربعٌ،

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «المبسوط» ١١٨/٢٨-١١٩، و«بدائع الصنائع» ٢٨٨/٨-٢٨٩، و«الهداية» ٥٨٨/٤، و«الاختيار» ٥٣٣/٥.

(٣) «المبسوط» ١١٨/٢٨-١١٩، و«بدائع الصنائع» ٢٨٥/٨، و«البحر الرائق» ٤٦٦-٤٦٧، و«المستجمع شرح المجمع» ٨٦٩/٣.

(٤) «الشرح الكبير» ص ٤٠١، و«بدائع الصنائع» ٢٣١/٤، و«الهداية» ٥٦٠-٥٦١. (٥) من (ب)، و(ج).

(٦) «المبسوط» ٢٦/٢٧-٢٧، و«الهداية» ٥٥١/٤، و«الاختيار» ٥٠٦-٥٠٧.

وأقلُّه اثنا عشر: أربعةٌ للأجنبيِّ ورُبُّ الباقي^(١) سهمان للمرأة، والستَّةُ الباقيةُ بينهما على طريق العولِ إجماعًا، لكن فيه اختلاف من وجهٍ آخر وهو أنَّ الأجنبيَّ يضربُ ثمانيةَ عندهما؛ / ١٠١ب/ لأنَّه الموصيُّ له بجميع المالِ فقد وصلتْ إليه أربعة، والسهمان اللذان للمرأة يستحقُّ (الأجنبيُّ الضربَ بهما؛ لأنَّ المرأةَ أجازتِ الوصيةَ، فأما المرأةُ تضربُ بستَّةٍ؛ لأنها تستحقُّ)^(٢) الضربَ بما أخذت من الربع، ولا تستحقُّ الأربعة التي أخذها الأجنبيُّ؛ لأنها لا تستحقُّها بإجازة الموصي له، فتضرب هي بستَّةٍ، وهو بثمانية، وبينهما موافقةٌ بالنصف، فيرد^(٣) كلُّ واحدٍ منهما إليه فصار للأجنبيِّ أربعةٌ ولها ثلاثةٌ، وهي سبعةٌ، فتضرب سبعة في أصل المسألة^(٤)، وهو اثنا عشر تكون أربعة وثمانين، فمن ذلك تخرج المسألة. وعنده يضرب الأجنبيُّ بستةً أيضًا؛ لأنه لا يستحقُّ ما أخذته المرأة لأنها أستحقت السهمين بالأصل، فبقي حقُّه في ستَّةٍ وحقُّها في ستَّةٍ، فكان الباقي بينهما نصفين، وتخرج المسألة من اثني عشر.

هذا ومسألة أخرى تقسَّمُ بالمنازعة بلا خلاف، وهي مسألة «الجامع الكبير»^(٥) إذا باع عبد غيره من رجلٍ بغير أمرٍ مولاه، وباع من آخر نصفه بغير أمره أيضًا، ثم أجاز المولى العقدَين، قُسِّمَ العبدُ بين المشتريين بطريق المنازعة إذا اختار الآخذ^(٦) ربعه لمشتري النصف، وثلاثة أرباعه لمشتري الكلِّ.

(١) «فتاوى قاضيخان» ٤٣٣/٦، و«بدائع الصنائع» ٢٧٩/٨، و«درر الحكام» ٤٢٨/٢، و«المستجمع» ٨٥١/٣.

(٢) ساقط من (ب). (٣) في (ج): (فزَل).

(٤) في (ب)، (ج): (المال). (٥) «الجامع الكبير» ص ٢٨١.

(٦) في (ب)، (ج): (آخذ).

لهما: في المسائل الأولى أن العفو في المسألتين الأوليين، وسقوط الدين في نصيبه في مسألة المأذون حكم شرعيٍّ مبرزٌ أحد النصفين عن الآخر، فصار كلُّ نصفٍ كأنه عينٌ على حدةٍ، فسُلِّمَ أحدُ النصفين لصاحبِ الكلِّ، وبقي النصفُ الآخر مشتركاً بينهما، وصار كمسألة الجامع بخلاف المسائل الثلاث الأخرى؛ لأنه لم يوجد دليلٌ يميزُ أحد النصفين عن الآخر، فإنَّ بينة مدعي نصفِ الدارِ توجبُ استحقاقَهُ في النصفِ شائعاً، فما من جزءٍ منها إلا وبينتهُ توجبُ استحقاقَ نصفه، فتجبُ قسمةُ كلِّ جزءٍ على قدرِ حقِّهما. وكذا مسألة الوصية.

وله: أن أولياء الجناية في المسألة الأولى لا حقٌّ لهم في قيمة المدبر، وإنما حقُّهم في بدلِ المتلف، وهو ديةُ كلِّ القتل^(١) (ونصف القتل)^(٢) إلا إنهم يستحقُّون بذلك الضربَ في قيمة المدبر، فكانت القيمة فارغةً عن حقوقهم، إلا أنَّ حقَّ أحدهما أكثرُ، وحقُّ الآخر (أقلُّ، فيستحقُّون بقدر حقوقهم، ألا ترى أنه لو كان في المحلِّ تسعة، أخذ كلُّ واحدٍ منهم جميعَ حقِّه، وصار كمسألة دين)^(٣) الألف والألفين، وكما في المواريث؛ فإنه يثبت الاستحقاقُ بشيءٍ مقدَّرٍ وهو الربعُ أو النصفُ، ثم يستحق بذلك الضرب في شيءٍ من التركة. ومسألة الوصية بالربع والثلث كذلك بخلاف المسائل الثلاث الأخرى؛ لأنَّ في مسألة الدارِ البينة أوجبت استحقاقَ عينِ الدارِ أو نصفها، فلا حقَّ لصاحب النصفِ فيما وراء النصف، وكذا في مسألة الوصية بنصف العبدِ وبكلِّه، وبنصفِ المالِ وكلِّه، بخلاف الوصية بالثلث والربع؛ لأنه لم يصف إلى شيءٍ بعينه.

(٢) من (ب).

(١) في (ب): (القتل).

(٣) ساقط من (ج).

قال: (ويضمنُ في المدبّر وأُمّ الولد الأقلّ من قيمتهما، ومن الأرشِ).

لما رُوِيَ أن أبا عبيدة بن الجراح^(١) رضي الله عنه قضى بجناية المدبّر على مولاه^(٢)، وهو أمير الشام بمحضرٍ من الصحابة من غير نكير؛ ولأن المولى بواسطة التدبير والاستيلاء صار مانعاً من التسليم في الجناية من غير اختيار الفداء فينزل منزلة ما إذا دبّرهُ وهو لا يعلم بالجناية، وإنما يلزمها الأقل؛ لأنّ الأرشَ إن كان أقلّ فلا حقّ لوليّ الجناية غير الأرشِ، وإن كانت القيمة أقلّ فلم يتلف بالتدبير إلا الرقبة^(٣).

قال: (فإن عادَ فجنى وقد دفعَ القيمةَ إلى الأولِ بقضاءٍ شاركه وليُّ الثانية).

وهذا لأنّ جنایات المدبّر لا تجبُ بها إلا قيمة واحدة على ما مرّ؛ لأنه لم يمنع بالتدبير إلا رقبة واحدة، والضمانُ يتعلق بالمنع^(٤)، فصار كأنه دبّرهُ بعد الجنایات^(٥)، ويشارك الثاني الأولَ فيما أخذ، فيقاسمه بقدرِ حقّه^(٥).

(١) أبو عبيدة بن الجراح: قيل اسمه عامر بن عبد الله بن الجراح، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، شهد بدرًا وأحداً، وسائر المشاهد مع رسول الله ﷺ، وهاجر إلى الحبشة الهجرة الثانية، توفي في طاعون عمّواس سنة ثمانٍ عشرة، وصلى عليه معاذ بن جبل. انظر ترجمته في «معركة الصحابة» ١٤٨/١ (١٠)، و«الاستيعاب» ٢٧٢/٤ (٣١٠٨)، و«الإصابة» ٢٥٢/٢ (٤٤٠٠).

(٢) رواه ابن أبي شيبة ٣٩٦/٥ (٢٧٣١٧).

(٣) «الهداية» ٥٦٠/٤، و«الاختيار» ٥٠٧/٥، و«فتح القدير» ٣٦٣/١٠.

(٤) في (ب): (بالمنافع).

(٥) «الجامع الكبير» ص ٣٤٦، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٥٦، و«الهداية» ٥٦٠/٤، و«الاختيار» ٥٠٨/٥.

قال: (أو بغيره، فالثاني يرجع على الأول أو على المولى ثم يرجع (المولى)^(١) عليه، وقالوا: لا شيء على المولى).

إذا دفع القيمة بغير قضاء القاضي إلى وليّ الجناية الأولى، فوليّ الجناية الثانية مخير، إن شاء رجع على الوليّ الأول وإن شاء رجع على المولى، ليرجع المولى على الأول عند أبي حنيفة رحمته الله^(٢).

وقالوا^(٣): ليس على المولى (شيء؛ لأن المولى)^(١) حين دفع القيمة إلى الوليّ لم تكن الجناية الثانية موجودة، فقد دفع كلّ الحقّ إلى مستحقّه^(٣) فلم يبقَ عليه شيء، وصار كما لو دفع بقضاء القاضي.

وله أنّ الجنايات يستندُ ضمانها إلى التدبير الذي صار مانعاً عن الموجب الأصليّ وهو الدفع، فكأنّه دبر بعد الجنايات، فتعلق حقوق أولياء الجنايات بالقيمة^(٤)، فإذا دفعها بقضاء القاضي إلى الأول فقد زالت يده عنها بغير اختياره، فلم يلزمه ضمانها، وإذا دفعها بغير قضاء القاضي فقد^(٥) سلم إلى الأول ما تعلّق به حقّ الثاني فيثبت له تضمين أيهما شاء، أما المولى فلأنه جنى بالدفع إلى غير مستحقّه، وأما (الولي)^(١) الأول فلأنه قبض حقّه ظلماً، وصار كالوصيّ إذا دفع التركة إلى الغرماء، ثم ظهر غريم آخر، / ١٠٢ / فإن دفع التركة بقضاء شارك

(١) من (ب).

(٢) «الجامع الكبير» ص ٣٤٦، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٥٦، و«الهداية» ٤ / ٥٦٠، و«الاختيار» ٥ / ٥٠٨.

(٣) في (ب): (المستحق).

(٤) في (ب): (بالقسمة).

(٥) ساقط من (ب).

الغريم الآخر الغرماء فيما قبضوه، وإن دفع بغير قضاء إن شاء رجع على الوصي، وإن شاء شارك الغرماء، كذا هذا، وإنما يرجع المولى على الأول إذا أتبعه الثاني؛ لأنه سلم إليه غير حقه، وإن شارك الأول لم يرجع على أحد؛ لأن حاصل الضمان عليه^(١).

قال: (وجناية المغصوب على مولاه معتبرة وعلى الغاصب هدر).

هاتان مسألتان:

الأولى: إذا جنى العبد المغصوب على مولاه جناية موجبة للمال أو على مال مولاه، قال أبو حنيفة رحمته الله^(٢): تجب للمالك على الغاصب قيمة الجاني إلا أن يكون الأرش أو قيمة المتلف من المال أقل فيجب الأقل وملكه مقرر^(٣) عليه.

وقال^(٢): (جنايته عليه)^(٤) وعلى ماله هدر؛ لأنها لو اعتبرت أدى إلى التنافي والتضاد؛ لأنها جناية على المالك، فيكون المولى دافعاً لعبدِهِ أو قيمته إلى نفسه، فيكون مملكاً ومتملكاً، ولأن اعتبار ذلك (العبد)^(٥) لا يفيد المولى شيئاً لم يكن له من قبل؛ لأن ملكه فيه وفي قيمته مقرر، وصار كما لو جنى عليه قبل الغصب أو هو وديعة.

(١) «الجامع الكبير» ص ٣٤٦، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٥٦، و«الهداية» ٤/ ٥٦٠، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٨.

(٢) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٧، و«المبسوط» ٢٧/ ٥٥-٥٦.

(٣) في (ب) و(ج): (مقدر).

(٤) في (ج): (لا جناية عليه).

(٥) من (ج).

وله^(١): أنها جنايةٌ حاصلةٌ من مَغْصُوبٍ على أجنبيٍّ حكمًا، فوجب اعتبارُها قياسًا على الأجنبيِّ حقيقةً وحكمًا؛ وهذا لأنَّ الغاصبَ في حقِّ المَغْصُوبِ جُعِلَ بمنزلةِ المالكِ، والمولى بمنزلةِ الأجنبيِّ، ألا ترى أنه لو جنى على أجنبيٍّ يكونُ قرارُ الضمانِ على الغاصبِ لا على المالكِ، ولا تضادٌّ ولا تنافي؛ لأنَّ المخاطبَ بإقامة حكم الجناية هو الغاصبُ، فإنه مأمورٌ بدفع ما هو الأقلُّ من قيمتهِ ومن الأرضِ؛ لأنه عجزَ عن دفعه لعدم الفائدة في الدفع، فتعين الأقلُّ كما في المدبِّرِ إذا جنى، فيكون الغاصبُ مملوكًا والمالكُ متملكًا، والفائدة ظاهرةً، وهو تملك المولى الأقلَّ من قيمتهِ و(من)^(٢) الأرض ولم يكن له تملك ذلك من قبل، وصار كما إذا جنى العبدُ على أجنبيٍّ فرضي بأخذ ما هو الأقلُّ منهما من الغاصبِ ولم يطلب الدفعُ من المولى، فإنَّ على الغاصبِ أن يؤدي الأقلَّ منهما إليه، ويظهر العبدَ عن الجناية، فكذا المولى يطالبه بما هو الأقلُّ منهما لتزُّله منزلة الأجنبيِّ.

المسألة الثانية: إذا جنى المَغْصُوبُ على غاصبه أو على ماله^(٣) فهي هدرٌ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(١).

وقال^(١): هي معتبرةٌ ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء؛ لأنها حاصلةٌ من مملوكٍ على أجنبيٍّ حقيقةً فتعتبر كما لو كانت قبل الغصب أو على أجنبيٍّ آخر غيره، وهذا لأن ملك المولى قائمٌ فيه بعد الغصب كما هو قبله فكان أجنبيًّا مطلقًا، فإن قيل: اعتبارُها غيرُ مفيد لقرار الضمانِ

(١) «مختلف الرواية» ٤/١٨٦٧، و«المبسوط» ٢٧/٥٥-٥٦.

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): (مولاة).

على الغاصب كما لو جنى العبد على أجنبي آخر. قلنا: بل هو مفيد. أمّا إذا دفعه إليه فإنه يملكه ويؤدي القيمة الواجبة عليه بغضبه، وقد يكون مرغوباً فيه للغاصب فيكون كشرائه من المولى، وأمّا إذا فداه مولاه بعشرة آلاف فإنه يرجع على الغاصب بقيمة العبد لا بالفداء، فإن كانت قيمته أقلّ سلم له ما زاد عليها، وإن كانت مساوية أو أكثر فإنه يرجع عليه بعشرة آلاف إلا عشرة لا بقيمته بالغّة ما بلغت، فيستفيد بتلك الزيادة. وله أنها جناية حاصلة على مالكه حكماً فتعتبر بمالكه حقيقةً وحكماً، فيجب إهدارها؛ لما مرّ في المسألة الأولى.

فإن قيل: قد بينّا فائدة الاعتبار فتعتبر.

قلنا: ولئن أفاد إلا أن الإهدار واجب لمكان المنافاة، فإن المملوكية تنافي حدوث حق للمالك على المملوك، ألا ترى أن المنافاة بين ملكي اليمين والنكاح (منعت جواز)^(١) تزوج المولى بالمكاتبة مع استفادة الحلّ به لو ثبت، وكذا منعت ثبوت الدين للمولى على العبد مع استفادته الشركة مع الغرماء في ثمنه إذا بيع في ديون المولى إذا كان قد أستهلك مال المولى، فكذا ههنا^(٢).

قال: (ولو قتل عند الغاصب خطأ فردّه فقتل آخر عند المولى فاختار دفعة بهما، ورجع على الغاصب بنصف قيمته أمره به بتملكه وأمره بدفعه إلى ولي الأولى وبالرجوع ثانياً بمثله لنفسه)^(٣).

(١) في (ب): (تمنع ثبوت جواز).

(٢) «المبسوط» ٢٧/٥٥-٥٦.

رجلٌ غصبَ عبداً فقتلَ عنده إنساناً خطأً، ثم رده على مولاه فقتلَ عند (مولاه)^(١) آخر، واختار المولى دفعه إلى ولي الجنائتين فاقسماه بينهما، فإنه يرجع على الغاصب بنصف قيمته فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى عند أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسف^(٢) رحمهما الله، ثم يرجع مرةً أخرى عليه بنصف قيمته فيسلم له.

وقال محمد ﷺ^(٢): لا يدفع النصف الأول إلى ولي الجناية الأولى، ولكنه يسلم له؛ لأنَّ ذلك بدلُ نصف العبد المدفوع إلى ولي (الأولى)^(٣)، فلو دفعه إليه لاجتمع البدلان في ملك واحد، وهذا لأنَّ الولي إنما يرجع على الغاصب بنصف قيمته؛ (لأنَّ نصف العبد استحقَّ عليه بجنائية كانت في ضمان الغاصب فيرجع بقيمة)^(٤) ذلك النصف، فكانت بدلاً عنه ضرورةً، فامتنع دفعها إليه ولهما أن حقَّ الأول في كلِّ العبد؛ ولهذا يدفعُ كله إليه بالجنائية الموجودة عند الغاصب لولا الثانية، ويرجع المولى عليه بكلِّ قيمته / ١٠٢ب/ فإذا زاحمه وليُّ الثانية فأخذ نصفه بقي حقه في نصفه، فإذا رجَعَ على الغاصب بقيمة ما دفع إلى وليِّ الأولى^(٥) بجنائية وجدت منه حال الغصب^(٦) فقد حصل له شيءٌ من بدله، فإن كان الأول يستحقه كله، وأنه فارغٌ من حق آخر فكان له أخذه؛ لأنه بدلٌ ما يستحقه، وأما اجتماع البدلين فنقول: ما أخذه المولى من الغاصب أولاً بدلٌ عن

(١) ساقط من (ب).

(٢) «المبسوط» ٢٧/٥٣-٥٤، و«الهداية» ٤/٥٦١-٥٦٢، و«البحر الرائق» ٨/٤٣٣.

(٣) في (ج): (الأول).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب)، (ج): (الأول).

(٦) في (ب)، (ج): (الغصب).

الوقوع بجنايته عند الغاصب فيما بينه وبينه، وبدل عن القتل في حق ولي الجناية الأولى، ولا يمتنع كون الشيء الواحد بدلاً عن عين في حق شخص وبدلاً عن شيء آخر في حق غيره، كذمي باع خمرًا وقضى بثمانه دينًا لمسلم عليه فإنه يجوز، والمأخوذ بدل الخمر في حق الذمي وبدل الدين في حق المسلم، وإنما يرجع المولى بما أخذه ولي الجناية الأولى منه على الغاصب ثانيًا؛ لأن المولى لحقته هذه الغرامة بسبب الجناية الواقعة في يد الغاصب، فكأنه كان مستحقًا من الأصل لولي الأولى على الغاصب، فصار كأن المولى لم يقبضه، وصار كما لو أدى الغاصب القيمة من مال غيره فاستحقها المالك، فإن المولى يرجع عليه بمثلها، كذا ههنا.

قال: (ولو أشتري عبدًا فقتل قبل القبض عمدًا، فإن أمضاه فله القصاص، وإن فسخ فهو للبائع، ويوجب القيمة للبائع في الفسخ وأوجبها في الحالين).

رجل أشتري عبدًا فقتل قبل قبضه عمدًا ففيه القصاص للمشتري إن أمضى البيع، وللبائع إن فسخه المشتري عند أبي حنيفة^(١) رحمته الله؛ لأنه دم معصوم على التأيد أهرق في دار الإسلام فوجب القصاص، فإن أمضى المشتري البيع كان هو المالك فيستوفيه، وإن فسخه عاد إلى ملك البائع فيستوفيه كأن العقد لم يوجد.

وقال أبو يوسف^(١) رحمته الله: للمشتري القصاص إن أمضى البيع، وإن فسخه فالقيمة للبائع دون القصاص، ولما أختص الخلاف بهذا الطرف

(١) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٨٣، و«تبيين الحقائق» ٦/ ١٦١.

سكت عن الأولى ليعلم بالسكوت عنه موافقته للإمام فيه، ووجه ذلك أن المشتري بامضاء البيع تقرّر ملكه في العبد، ولا شبهة تسقط (القصاص)^(١) فوجب، وأما في طرف الفسخ فالعبد وإن عاد إلى ملك البائع، لكنه حين الجناية لم يكن (ملكاً)^(٢) له حقيقة بل كان للمشتري ما ورث ذلك شبهة مسقطه للقصاص فوجب القيمة.

وقال محمد^(٣) رَحِمَهُ اللهُ: تجب القيمة للمشتري إن أمضى البيع، وللبائع إن فسخ؛ لأنَّ الشبهة متحققة في الوجهين باعتبار أن القتل حين وجد لم يكن المستوفي للقصاص متعيناً، وعدم (التعين)^(٤) يقتضي عدم وجوب القصاص للجهل، وإذا تخلف المدلول عن الدليل ثبتت شبهة المدلول.

قال: (ومن قتل عبداً خطأ كانت قيمته على العاقلة ولا يزاد على عشرة آلاف إلا عشرة، وفي الأمة على خمسة آلاف إلا عشرة، ونوجبها في ماله بالغاً ما بلغت كالمفصوب).

لأبي يوسف^(٥)، وهو قول الشافعي^(٦) رحمهما الله أنها جناية على المال فتجب القيمة غير مقدرة كالبهائم، وهذا لأنَّ الواجب للمولى،

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (مالكاً).

(٣) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٨٣، و«تبين الحقائق» ٦/ ١٦١.

(٤) في (ب): (التعين).

(٥) «الهداية» ٤/ ٥٦١-٥٦٢، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٣٥.

(٦) «الأم» ٦/ ١٠٦، و«المهذب» ٢/ ٢١٢، و«الوجيز» ٢/ ١٤١، و«روضة الطالبين»

٧/ ١٢١، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٢٨٢.

والمولى يملكه من حيث المالية، فيكون الواجب بدل المالية كالمغصوب.

وعن عليّ وابن عمر رضي الله عنهما مثل مذهبه، ولهما قوله تعالى: ﴿فَدِيَّةٌ مِّمَّا سَلَمتُ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] مطلقاً، وهي أَسْمٌ لما يجب في مقابلة الآدمية، ولأنها جناية على نفس آدمي فلا يزداد على عشرة آلاف وتحملها العاقلة كالحرّ، ولأن ما في العبد من المعاني موجودة في الحرّ مع زيادة الحرية، فإذا لم تجب في الحرّ زيادة على الدية فأولى أن لا يزداد في العبد مع نقصانه عنه، ولأنّ فيه معنى الآدمية، ولهذا كان مكلفاً وفيه معنى المالية، والجمع بينهما متعذر، والآدمية أعلى فهي أولى بالاعتبار بخلاف البهائم لكونها مالا محضاً، وبخلاف الغصب؛ لأنّ الغصب إنما يرد^(١) على المال، فكان الواجب بمقابلة المال فيجب بالغاً ما بلغ^(٢).

وعن ابن مسعود رضي الله عنه مثل مذهبهما، وحكم المغصوب من الزوائد، وأما قليل القيمة فالواجب مقابلة الآدمي^(٣) أيضاً غير أنه لا نصّ فيه فقدّرنا ذلك بقيمته بالرأي؛ لأنه هو الأعدل، وأما إذا زادت قيمته على عشرة آلاف ففيه نصّ، وهو ما عين في الحرّ شرعاً إلا أنا نقصنا العبد من دية الحرّ إظهاراً لشرف الحرية وخطأ لرتبة العبودية عنها، وإنما قدّرنا ذلك بعشرة لما ورد فيه عن ابن عباس رضي الله عنهما، ولأنه مقدارٌ يُستباح به الفرج واليد في السرقة فكان مالا ذا خطرٍ فقدّرناه به^(٢).

(١) ساقط من (ج).

(٢) «الهداية» ٥٥٧/٤، و«الاختيار» ٥٠٩/٥، و«البحر الرائق» ٤٣٥/٨.

(٣) في (ب) و(ج): (الآدمية).

قال: (ويقدر من القيمة ما يقدر من الدية، ولا يزاؤ في يد العبد على خمسة آلاف إلا خمسة، وتجب في مال الجاني).

لأن الواجب في نفسه عشرة آلاف إلا عشرة، واليد نصف آدمي فيجب منها نصف ما يجب في النفس، وإنما يجب ضمان الطرف في مال الجاني بالإجماع^(١)؛ لأن ما دون النفس من العبد ضمان الأموال، وبهذا قال أبو يوسف رحمته الله^(١) في قوله الآخر، وهو قول محمد^(١) رحمته الله / ١٠٣/ أن ضمان طرفه لا يقدر بالدية، ولكن يقوم مجنيًا عليه وغير مجني عليه، فيضمن^(٢) فصل ما بين القيمتين؛ لأن ضمان الأموال لا يقدر ولكن يجب بقدر النقصان.

وأما على قول أبي حنيفة رحمته الله^(١) وهو المذكور في المتن، وهو قول أبي يوسف^(١) أولاً؛ لأن الأطراف ملحقه بالنفس باعتبار أن إتلافها إتلاف لها، وملحقه بالأموال باعتبار أنها مخلوقة لمصالحها، فثبت فيها معنى المالية في الأحرار^(٣)، ومعنى المالية في العبد أظهر، ومعنى إلحاق الطرف بالنفس فيه قائم أيضاً، فلم يجز إخلاؤه عن معنى النفس فقلنا من جهة ظهور معنى المالية في أجزاء العبد فارق طرفه طرف الحر، فأوجبنا ضمان طرف الحر على العاقلة، وما أوجبنا ضمان طرف العبد عليهم، وكان الضمان مقدراً كما سبق لقيام معنى النفس من وجه.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٣، و«الهداية» ٥٥٨/٤، و«الاختيار» ٥١٠/٥، و«البحر الرائق» ٤٣٦/٨.

(٢) في (ب)، (ج): (فيقوم).

(٣) في (ج): (الإقرار).

وروى الحسن^(١) عن أبي حنيفة رحمته الله^(١) أنه سوى بين ما يُقصد به الزينة (وبين ما يُقصد به المنفعة في أنه مقدر).

وروى أبو يوسف^(٢) عنه أنه فرق بين ما يُقصد به المنفعة وبين ما يُقصد به الزينة؛ لأن المقصود في العبد^(٣) هو المنفعة^(٤)، فحصل ضمان ما هو المقصود مقدرًا لا غير^(٥)، والله أعلم.



(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٣، و«الهداية» ٥٥٨/٤، و«الاختيار» ٥١٠/٥، و«البحر

الرائق» ٤٣٦/٨.

(٢) «المبسوط» ٧٢/٢٦.

(٣) في (ج): (القصد).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) «المبسوط» ٧٢/٢٨.

فصل في القسامة

وهي مصدر أقسم قسامة؛ سُمِّيَ بها هذا الباب لأن مبناهُ على الأيمانِ في الدم وهي مشروعةٌ فيه بالإجماع^(١).

قال: (وإذا وُجد قَتيلٌ في محلّةٍ وبه أثرٌ أو كان دَمُه يسيلُ من عينه أو أذنه، أو وُجد بدنه أو أكثره أو نصفه مع الرأسِ ولا يعلم قاتله، وادّعى وليُّه قتله على أهلها أو على بعضهم عمدًا أو خطأ ولا بينة يختارُ منهم خمسين رجلًا أحرارًا بالغين عقلاء يحلفون بالله ما قتلناه ولا عرفنا قاتله، ثم يقضي بالدية عليهم، ويكرر إن نقضوا، فإن نكلوا حبسوا ليقروا أو يحلفوا ويحكم بها لنكولهم، ولا نبدأ بيمين الوليِّ إذا كان لوثٌ ليحكم له بها إن حلفَ وعليهم إن نكلوا، وبالبراءة إن حلفوا ولا حكموا له بالقود إن ادّعى العمدَ وحلف مع اللوث).

إنما شرط الأثر لأنّه إذا لم يكن به أثرٌ فليس بقتيلٍ عرفًا، فإن القَتيلَ هو من فاتت حياته بسببٍ مباشرة حيٍّ، وهذا ميتٌ حتفَ أنفه، والغرامة من توابع فعل العبد، والقسامة تابعةٌ لاحتمال (القتل)^(٢)، فلا بد من أثرٍ يستدلُّ به على كونه قتيلاً، والاثَرُ جراحة أو أثرٌ ضربٍ أو خنقٌ، وكذا إذا خرجَ الدَّمُ من عينه أو أذنه؛ لأنّ الدَّم لا يخرجُ منهما (إلا بفعل من

(١) «الاختيار» ٥/ ٥١٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤٥-٤٤٦.

(٢) في (ج): (القتيل).

جهة الحي^(١) عادة^(٢)، بخلاف ما إذا خرج من فمه أو دبره أو ذكره؛ لأن الدم يخرج من هذه الأعضاء للميت عادة، فلم يكن أثر فعل القاتل، وكذلك إذا وُجدَ بدنُ القتيل أو أكثرُ البدن، أو وجد نصفه مع الرأس؛ لقيام الأكثر مقامَ الكلِّ تعظيماً للآدمي، وإن وُجدَ نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقلُّ من النصف مع الرأس، أو وجد يده أو رجله أو رأسه، فلا شيء على مَنْ وُجدَ عندهم؛ لأنَّ هذا حكمٌ عرفٌ بالنص، وقد ورد^(٣) في البدن وأكثره كله حكماً، وأقله ليس ببدن حقيقة ولا حكماً^(٤).

ولو اعتبرناه تتكرر القسامة والدية في مقابلة نفس واحدة، وأنه غير مشروع، وإنما شرط عدم العلم بالقاتل؛ لأنه إذا عُلِمَ قاتله سقطت القسامة، وتعلق الحق بعين القاتل، وإنما شرط دعوى الولي؛ لأنَّ الحق له فتشترط دعواه^(٥).

وأما على جميع أهل المحلة أو على بعضهم إما بوصف العمدة أو بوصف الخطأ، وإنما شرط عدم البينة^(٦)؛ لأنَّ البينة إذا كانت قائمة فلا قسامة أيضاً، وإنما قال: يختار - أي: الولي - إشارة إلى أن تعيين

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٧، و«الهداية» ٤/٥٦٤-٥٦٥، و«الاختيار» ٥/٥١٠-٥١١، و«درر الحكام» ٢/١٢٠-١٢١.

(٣) في (ب): (مر).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٨، و«فتح القدير» ١٠/٣٧٩-٣٨١، و«الاختيار» ٥/٥١٢، و«البحر الرائق» ٨/٤٤٧.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٧-٣٤٨، و«المبسوط» ٢٦/١١٤-١١٥، و«الهداية» ٤/٥٦٧.

(٦) في (ب): (النية).

الخمسين إلى الولي؛ لأن اليمين حقُّه، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار أصلح أهل المحلة ممن يتحرز عن اليمين الكاذبة، وفائدة ذلك أنهم إن لم يكونوا باشروا القتل لصلاحهم لكنهم إن علموا بقاتله لا يكتمونونه، وإن لم يعلموا فالفائدة في يمينهم على العلم أبلغ من يمين غير الصالح.

والحصر في هذا العدد واجب بالسنة في هذا الباب، وقد وردت به الأخبار حتى لو نقص عددهم عن الخمسين يكرر اليمين حتى يتم العدد، بذلك قضى عمر رضي الله عنه حين وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجلٍ منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية ^(١)^(٢).

ولما كان هذا العدد واجباً بالسنة وجب إثباته مهما أمكن من غير نظر إلى فائدة العدد على أن فيه تعظيم أمر الدم، ولو أراد الولي بعد كمال العدد أن يكرر على أحدهم اليمين ليس له ذلك؛ لأن المصير إلى التكرار كان لمعنى إكمال العدد، فلا يشرع مع كماله، وإنما شرط في الحالفين أن يكونوا رجالاً أحراراً بالغين عقلاء؛ لأن المرأة والعبد ليسا من أهل النصرة / ١٠٣ ب/ واليمين على أهلها، والصبي والمجنون ليسا من أهل الأقوال الصحيحة، فليسا من أهل اليمين فيحلفون بالله ما قتلناه ولا عرفنا له قاتلاً، فإذا حلفوا قضى بالدية عليهم. يعني: على عاقلتهم ^(٣).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٧-٣٤٨، و«المبسوط» ٢٦/١٠٦-١٠٨، و«فتح القدير» ١٠/٣٧٣، و«الاختيار» ٥/٥١٢.

(٢) عزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٤/٣٩٥ لابن أبي شيبة في «المصنف».

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٨، و«المبسوط» ٢٦/١١١، و«الهداية» ٤/٥٦٦، و«الاختيار» ٥/٥١٣.

وقال الشافعي رحمته الله^(١) : إذا وُجدَ القَتِيلُ في محلَّةٍ فادعى الوليُّ بدأً بيمينه خمسين يمينًا على دعواه، فإن حلفَ أنهم (قتلوه عمدًا فله القصاصُ في قولٍ، وهو قول مالك رحمته الله^(٢)، وإن حلفَ أنهم)^(٣) قتلوه خطأ فله الديةُ، والقولُ الآخر -وهو الصحيح- أنه إذا حلفَ أنهم قتلوه خطأ أو عمدًا تجب الديةُ، وقد أشارَ إليه في الكتاب بقوله: (ليحكم له بها) يعني: بالدية. وهذا إذا كان ثمة لوث. وتفسير اللوث أن تكون هناك علامة القتل على واحدٍ بعينه، أو ظاهرٌ يشهد للمدعي من عداوةٍ ظاهرة، أو شهادةً عدلٍ أو جماعةٍ غيرِ عدولٍ أن أهلَ المحلَّةِ قتلوه، وإنما شرطُ هذا الشرط؛ لأن مذهبَه كمذهبنا عند عدم اللوث، فإن نكلَ عن اليمين أَسْتَحْلَفَ أهلَ المحلَّةِ، فإن حلفوا برأوا وإن نكلوا حُكِمَ عليهم بالدية، فالخلاف مع الشافعي^(٤) رحمته الله في موضعين:

أحدهما: أن المدعي لا يحلف عندنا^(٥)، وعنده^(٦) يحلفُ بشهادةٍ الظاهرِ له.

والثاني: في براءة أهلِ المحلَّةِ باليمين.

(١) «الأم» ٩٧/٦، و«الوجيز» ١٦١/٢، و«روضة الطالبين» ٢٣٦-٢٣٧/٧، و«غاية البيان» ص ٢٩٥.

(٢) «المدونة» ٤٩٠/٤، و«الكافي» ص ٦٠٠-٦٠١، و«التلقين» ٤٨٧-٤٨٩/٢، و«عقد الجواهر الثمينة» ٢٨٩/٣.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «الأم» ٩٠/٦، و«المهذب» ٣١٩/٢، و«روضة الطالبين» ٢٤٨/٧.

(٥) «المبسوط» ١٠٨-١٠٩/٢٦، و«الهداية» ٥٦٥-٥٦٦/٤، و«الاختيار» ٥١٣/٥، و«البحر الرائق» ٤٤٧/٨.

(٦) «الأم» ٩٠/٦، و«المهذب» ٣١٩/٢، و«روضة الطالبين» ٢٤٨/٧.

له: في الأول ما رُوي أن عبد الله بن (سهل)^(١) وجدَ قتيلاً في قلب من قلب خيبر، فجاء أخوه عبد الرحمن^(٢) وعمّاه حويصة^(٣) ومحبيصة^(٤) إلى رسول الله ﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال ﷺ: «الكبر الكبير» فتكلم الكبير من عمّيه، فقال: يا رسول الله إنا وجدنا عبد الله قتيلاً في قلب من قلب خيبر. فقال ﷺ: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟» فقالوا: كيف نحلف على ما لا نعاين؟ فقال ﷺ: «تبرئكم اليهود بأيمانها، فيحلفون خمسين يمينا بالله ما قتلناه ولا عرفنا له قاتلاً» فقالوا: إنا (لا)^(٥) نرضى بأيمان قوم كفار. فوداه رسول الله ﷺ بمائة من الإبل (من إبل)^(٦) الصدقة^(٧)، ولأن اليمين تجب على من يشهد له

(١) في (ب): (سهيل)، والصواب ما أثبتناه.

(٢) هو عبد الرحمن بن سهل بن زيد الأنصاري، شهد أحداً والخندق والمشاهد كلها بعدها مع النبي ﷺ، وهو الذي نهش، فأمر النبي ﷺ عمارة بن حزم فرقاه.

انظر ترجمته في «معركة الصحابة» ١٨٢٨/٤ (١٨٣٢)، و«الاستيعاب» ٣٧٩/٢ (١٤٣٢)، و«أسد الغابة» ٤٥٧/٣ (٣٣٢٢)، و«الإصابة» ٤٠٢/٢ (٥١٣٧).

(٣) هو حويصة بن مسعود بن كعب بن عامر، الأنصاري، الأوسي، الحارث، شهد أحداً والخندق، وسائر المشاهد مع رسول الله ﷺ بعدهما. انظر «معركة الصحابة» ٨٩٨/٢ (٧٧٥)، و«الاستيعاب» ٤٥٦/١ (٥٩٧)، و«أسد الغابة» ٧٤/٢ (١٣٠٩)، و«الإصابة» ٣٦٣/١ (١٨٨).

(٤) هو محبيصة بن مسعود أخو حويصة، يكنى أبا سعد، بعثه رسول الله ﷺ إلى أهل فدك يدعوهم إلى الإسلام، وشهد أحداً والخندق وما بعدهما من المشاهد كلها، أسلم قبل حويصة، وهو أصغر منه.

انظر: «معركة الصحابة» ٢٦٠٧/٥ (٢٧٨٣)، و«الاستيعاب» ٢٥/٤ (٢٥٥٤)، و«أسد الغابة» ١١٩/٥ (٤٧٧٧)، و«الإصابة» ٣٨٨/٣ (٧٨٢٥).

(٥) في الأصل: كيف والمثبت من (ب) و(ج).

(٦) من (ب).

(٧) رواه البخاري (٣١٧٣)، ومسلم (١٦٦٩) من حديث سهل بن أبي حثمة.

الظاهر؛ ولهذا تجب على صاحب اليد، فإن كان الظاهر شاهداً للولي بدئاً بيمينه، وردُّ اليمين على المدعي أصل له كما في النكول، فيثبت القصاص في العمد والدية في الخطأ، ووجه الأصح من مذهبه أن هذه الدلالة فيها نوع شبهة، والقصاص يندري بالشبهات^(١)، (وإنما قال)^(٢): يثبت مع الشبهة؛ فلذا وجبت الدية في الخطأ والعمد جميعاً^(٣).

ولنا: ما روى أبو سعيد الخدري^(٤) رضي الله عنه أن قتيلاً وجد بين قريتين فأمر النبي ﷺ بأن يذرع، فوجد إلى إحدى القريتين أقرب، فجعل عليهم القسامة والدية^(٥).

وقضى عمر رضي الله عنه بمثله في القتل الذي وجد بين وادعة^(٦) وأرحب^(٦)، وجعل على أهل وادعة القسامة^(٧) والدية، فقالوا: لا أيماننا تدفع عن أموالنا، ولا أموالنا تدفع عن أيماننا، فقال: أيمانكم لحقن دمائكم، وأما أموالكم فلوجود القتل بين أظهركم^(٨)، ولقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٩).

(١) «المبسوط» ٢٦/١٠٦-١٠٧، و«الهداية» ٤/٥٦٥-٥٦٦، و«الاختيار» ٥/٥١٠-٥١١، و«البحر الرائق» ٨/٤٤٧.

(٢) في (ب): (والمال). (٣) تقدمت ترجمته.

(٤) رواه الطيالسي في «مسنده» ٣/٦٤٨ (٢٣٠٩)، والبخاري في «كشف الأستار» (١٥٣٤)، وانظر تضعيفه في «نصب الراية» ٤/٣٩٦، و«التلخيص الحبير» ٤/٣٩-٤٠.

(٥) وادعه: مخلاف باليمين عن يمين صنعاء. «معجم البلدان» ٥/٣٦٥.

(٦) أرحب: بلد على ساحل البحر، بينه وبين ظفار نحو عشرة فراسخ. «معجم البلدان» ١/١٤٤.

(٧) ساقطة من (ب).

(٨) رواه ابن أبي شيبة ٥/٤٤٠-٤٤١.

(٩) رواه البيهقي ١٠/٢٥٢ من حديث ابن عباس، ورواه البخاري (٢٥١٤) ومسلم

وروى سعيد بن المسيب أنه عليه السلام ^(١) بدأ بالقسامة باليهود وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم ^(٢)؛ ولأنَّ اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق، (وحاجة الولي إلى الاستحقاق) ^(٣)، ولهذا لا يستحق بيمينه مع أنه مبدول، فلأن لا تستحق بها النفس مع أنها معصومة أولى، وما رواه معارض بما روي أنه عليه السلام قال لهم: «أتأتون البينة؟» فقالوا: لو كانت لنا بينة ما قتلوه. فقال: «تحلف لكم اليهود خمسين يميناً بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً» ^(٤)، وله في براءة المدعى عليه باليمين قوله عليه السلام: «تبرئكم اليهود بأيمانها» ^(٥)؛ ولأنَّ اليمين مبرئة في الشرع عن الدعوى لا ملزمة كما في سائر الدعاوى.

ولنا: أنه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة فيما روينا ^(٦)، وقوله عليه السلام: «تبرئكم (اليهود)» ^(٧) محمولٌ على الإبراء عن القصاص والحبس، وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين. والقسامة لم تجب لأجل إيجاب الدية إذا نكلوا، بل شرعت ليظهر القصاص بتحريضهم عن اليمين فيقرُّ القاتل بالقتل، فإذا حلفوا برئوا عن القصاص، ووجوب الدية لوجود القتل

(١٧١١) عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قضى أن اليمين على المدعى عليه، ورواه الترمذي (١٣٤١) عن عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه».

(١) ساقطة من (ب).

(٢) رواه عبد الرزاق ٢٧/١٠ (١٨٢٥٢).

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) رواه البخاري بنحوه (٦٨٩٨) من حديث سهل بن أبي حثمة.

(٥) متفق عليه من حديث سهل بن أبي حثمة، وقد سبق.

(٦) رواه البزار في «مسنده» ٢٣٨/٣ (١٠٢٦).

(٧) من (ب).

منهم ظاهراً؛ لحصوله بين أظهرهم لا بنكولهم أو لتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ، ولو نكلوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا أو يقرُّوا عند أبي حنيفة^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله؛ لأنَّ ذلك حقٌّ مستحقٌّ عليهم، فإنَّ اليمينَ حقٌّ لذاته تعظيماً لأمرِ الدِّم، ألا ترى أنه يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال؛ لأنَّ اليمينَ فيها بذلٌّ عن أصل الحق؛ ولهذا يسقط بذل المدعي، وفيما نحن فيه لا يسقط بذل الدية.

وعن أبي يوسف رحمته الله^(١) أنه يقضي عليهم بالدية عند نكولهم اعتباراً بالحقوق في الأموال، والفرق أوضحناه.

قال: (وإن ادَّعى على غيرهم سقطت القسامة عنهم لا على واحدٍ منهم).

لأنَّ اليمينَ إنما تلزمهم بالدعوى عليهم، وكذلك الدية وهو بالدعوى على غيرهم غير مدعٍ عليهم، وهذا بخلاف ما إذا ادَّعى على واحدٍ منهم بعينه؛ لأنَّ إيجابَ / ١٠٤ / القسامة عليهم دليلٌ كونِ القاتلِ منهم فتعيينه^(٢) واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر؛ لأنه منهم، فإذا ادَّعى على واحدٍ من غيرهم فهو دليلٌ على أن القاتلَ ليس منهم، وهم إنما يغرمون لكون القاتلِ منهم؛ لأنهم قتلةٌ تقديراً حيث لم يمنعوا الظالمَ عن قتله^{(٣)(٤)}.

(١) «المبسوط» ١١١/٢٦، و«الهداية» ٥٦٥/٤، و«الاختيار» ٥١٢/٥.

(٢) في (ج): (فتبينه).

(٣) «المبسوط» ١١٠/٢٦، ١١٤-١١٥، و«فتح القدير» ٣٧٨-٣٨٨/١٠.

(٤) في (ب)، (ج): (قتلهم).

قال: (وشهادتهم على المدعى عليه مردودة).

إذا وجد القتل في محلة فادعى وليه القتل على غيرهم فشهد اثنان فصاعداً من أهل المحلة له أن المدعى عليه قتله لم تقبل شهادتهم عند أبي حنيفة^(١).

وقال^(١) رحمهما الله: تقبل لأنه بالدعوى على غيرهم سقط عنهم موجب ذلك وهو القسامة والدية، فينزلوا منزلة غيرهم بالنسبة إلى المدعى عليه كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة.

وله: أن التهمة متمكنة لجواز أنهم تواضعوا على ذلك بأن كانت بين الولي وبين المدعى عليه عداوة فيقول له هؤلاء: أدع عليه ونحن نشهد لك، فيقتله بعة القصاص، ولأنهم خصماء بإنزالهم قاتلين بالتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا عن الخصومة، كالوصي إذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد، وإنما أطلق في الكتاب قوله: (وشهادتهم على المدعى عليه) ليشمل كونه من غيرهم وكونه منهم، حتى لو شهد اثنان من أهل المحلة على قاتل منهم بعينه لم تقبل عنده؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل، والشاهد يقطعها عن نفسه، فكان متهمًا في ذلك^(١).

قال: (وإذا قال المستحلف قتله فلان أستثناه في يمينه).

إذا قال الذي يستحلف: إن فلانًا قتله. أستحلف بالله ما قتله ولا عرفت له قاتلاً غير فلان؛ لأنه يريد بذلك إسقاط الخصومة عن نفسه فلا تقبل، فيحلف على عدم قتله ونفي علمه لكل قاتل غير من أقر عليه بالقتل،

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٧-٢٤٨، و«المبسوط» ٢٦/١١٤-١١٥، و«الهداية»

٤/٥٧١-٥٧٢، و«اللباب» ٣/١٧٦-١٧٧.

فيستثنيه في اليمين لموضع إقراره، ويبقى حكم غيره كما كان فيحلف عليه^(١).

قال: (وإذا وُجدَ على دابةٍ كانت على عاقلة السائق).

لأنه في يده، فكانت كالموجود في داره، وكذا القائد والراكب، ولو أجمعوا كانت الدية على عاقلتهم؛ لأن القتل في أيديهم، فكان كالموجود في دارهم^(٢).

قال: (أو بين قريتين كانت على أقربهما).

لما روي أنه ﷺ أتى بقتيل وُجدَ بين قريتين فأمر أن يذرع^{(٣)(٤)}، وعن عمر رضي الله عنه لما كتب إليه في قتل وُجدَ بين وادعة وبين أرحب، فكتب بأن يقاس (بين)^(٥) القريتين فوجد إلى وادعة أقرب، ف قضى عليهم بالقسامة^(٦). قيل: وهذا محمول على أن الصوت كان يبلغهم؛ لأنه حينئذ يلحقه الغوث منهم فيتمكنون من نصرته ثم ينزلون مقصرين^(٧).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٩-٢٥٠، و«الهداية» ٥٧١/٤، و«البحر الرائق» ٤٥٤/٨، و«اللباب» ١٧٧/٣.

(٢) «الهداية» ٥٦٧/٤، و«الاختيار» ٥١٣/٥، و«درر الحكام» ١٢٢/٢، و«اللباب» ١٧٤/٣.

(٣) يذرع: والذراع القياس. قال سيويه: لا جمع له، إلا أذرع. «المصباح المنير» ص ١٢٧.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) من (ب)، (ج).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) «المبسوط» ١١١/٢٦، و«فتح القدير» ٣٨٢/١٠، و«درر الحكام» ١٢٢/٢، و«اللباب» ١٧٥-١٧٦/٣.

قال : (أو في دار إنسانٍ كانت القسامةُ عليه والديةُ على عاقلته).

أما أن القسامةُ عليه ؛ فلأن الدارَ في يده ، وأما أن الديةَ على عاقلته ؛ فلأن النصرَةَ والقوةَ بهم ، و(الديةُ) رفع عطفًا على القسامةِ ، وليست جملةً أُسمية^(١).

قال : (ويشارك بين السكان والملاك في القسامةِ وأخرجنا السكان).

قال أبو حنيفة^(٢) ومحمد^(٢) رحمهما الله : لا يدخل السكان في القسامةِ مع الملاك.

وقال أبو يوسف رحمته الله^(٢) : هي عليهم جميعًا ، وهذا إذا كان المالكُ ساكنًا ، فإن لم يكن المالكُ ساكنًا يدخل السكان إجماعًا له أن ولاية التدبير كما تقع بالملك تقع بالسكنى ، ولهذا فإنه رحمته الله جعل القسامةَ والديةَ على اليهود ، وكانوا سكانًا بخير ، ولم يخص الملاك.

ولهما : أن المالك هو المختصُّ بنصرة ملكه دون الساكن ؛ لأن سكنى المالك ألزم وقراره بها أدوم ، فكانت ولاية التدبير إلى المالك ، فيتحقق التقصيرُ منه ، وأما أهلُ خير فإنه رحمته الله كان قد أقرهم على أملاكهم ، وكان المأخوذُ منهم مأخوذًا على وجه الخراج^{(٢)(٣)}.

(١) «الهداية» ٥٦٨/٤ ، و«الاختيار» ٥١٣/٥ ، و«البحر الرائق» ٤٤٩/٨ ، و«اللباب» ١٧٤/٣.

(٢) «الهداية» ٥٦٨/٤ ، و«درر الحكام» ١٢٢/٢ ، و«البحر الرائق» ٤٤٩/٨ - ٤٥٠ ، و«اللباب» ١٧٤/٣.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢٨٧/٢ : لم أجده في شيء من الأخبار أنه أقرهم على أن أملاكهم تكون ملكًا لهم ، إذ لا يكون ذلك إلا في فتح الصلح ، والمحفوظ أن خير

قال: (وهي على أهل الخطّة، ولو بقي واحدٌ دون المشترين وشاركاً بينهم).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): القسامةُ على أهل الخطّة دون المشترين، ولو بقي من أهل الخطّة واحدٌ كانت عليه.

وقال أبو يوسف^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله: الكلُّ مشتركون؛ لأنَّ وجوبَ الضمانِ يعتمدُ التقصيرَ في حفظ من له ولايةُ الحفظ؛ لأنه بالتقصير يُجعلُ جانباً، وهذه الولاية باعتبار الملك، وهم فيه سواءٌ، فيعم الحكمُ بعموم العلة.

وله: أن ولايةَ الحفظِ مختصةٌ بأهل الخطّة عرفاً؛ لأنهم أصيلون والمشتري معهم دخيلٌ، وولاية التدبير إلى الأصيل دون الدخيل، فلا يُساوى، وإذا بقي من أهل الخطّة واحدٌ تعلق الحكمُ به اعتباراً للأصيل، وقد مرَّ نظيرُ هذا في قطع الكفِّ وفيها إصبعٌ واحدةٌ، وقيل: إن أبا حنيفة رحمته الله^(١) بنى الحكم في المسألة على ما شاهدَه بالكوفة، فإنَّ أهل الخطّة كانوا يدبرون أمرَ المحلة وينصرونها دون المشترين فبنى الحكم على ما رأى، وإن لم يبق أحدٌ بل باعوا كلهم أنتقل إلى المشترين لعدم المزاحم^(١).

قال: (وإن وجد في دارٍ بيعت قبل القبض، فهي على عاقلة من هي في يده مطلقاً. وقالوا: إن كان باتاً فعلى عاقلة المشتري وإلا فعاقلة^(٢) من تصير له).

فتحت عنوة إلا حصنين: الوطيحة والسالمة.

(١) «الهداية» ٥٦٨-٥٦٩، و«البحر الرائق» ٤٥٠/٨، و«اللباب» ١٧٤-١٧٥.

(٢) في (ج): (فعلى عاقلة).

رجل اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل، فالقسامة على عاقلة من الدار في يده مطلقاً سواء كان البيع باتاً / ١٠٤ب/ أو بشرط الخيار لأحدهما عند أبي حنيفة^(١) رَحِمَهُ اللهُ.

(وقال^(١))^(٢): إن كان البيع باتاً على عاقلة المشتري، وإن كان مشروطاً بشرط الخيار، فعلى عاقلة من تصير الدار له ويتقرر ملكها عليه. هما أعتبرا الملك لأن الحفظة به، وهو أعتبر اليد؛ لأن القدرة على الحفظ حقيقة باليد، وهي لازمة لمن يلزم لتقصيره في حفظ المحل وهي باليد فوقه في الملك، فكان أولى بالاعتبار.

قال: (أو في دار نفسه فهي على عاقلة وأهدراه).

إذا وجد الإنسان قتيلاً في دار نفسه قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(٣): على عاقلة القسامة والدية.

وقال^(٤): هو هدر لا يجب عنه شيء؛ لأنه لو وجب لوجب على مالك الدار وهو مالكها، فيجب له على نفسه ثم ينتقل إلى العاقلة والورثة، والوجوب له عليه ممتنع كما لو قتل نفسه.

وله: أنه وجد قتيلاً في دار لو وجد غيره قتيلاً فيها كانت الدية على عاقلة، فكذا هذا كواحد من أهل المحلة إذا وجد قتيلاً فيها فإنه (لا يهدر)^(٤) دمه، كذا هذا^(٤).

(١) «الهداية» ٥٦٩/٤، و«الاختيار» ٥١٣/٥-٥١٤، و«البحر الرائق» ٤٤٩/٨.

(٢) في (ب)، (ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) «المبسوط» ١١٣/٢٦، و«الهداية» ٥٧٢/٤، و«درر الحكام» ١٢٢/٢.

(٤) في (ب): (يهدر).

قال: (أو في دار امرأة في مصر خالٍ من عشيرتها يوجبها مع الدية على عاقلتها، وخصها بالقسامة والعاقلة بالدية).

إذا وجد قتيلاً في دار امرأة في مصر، وليس في ذلك المصر أحدٌ من عشيرتها.

قال أبو يوسف رحمته الله^(١): تجب القسامة والدية على عاقلتها.

وقال محمد^(١): القسامة عليها تكرر اليمين خمسين مرة ثم يقضي بالدية على عاقلتها؛ لأن الدار ملكها وهي من أهل اليمين، والقسامة أينما وجبت تجب على مالك المحل.

له أن المرأة ليست من أهل النصر، والقسامة إنما وجبت من حيث النصر وصار كالدية^(١).

قال: (أو في سفينة كانت على من فيها مطلقاً).

إذا وجد قتيلاً في سفينة فالقسامة على من فيها من السكان والملاحين؛ لأنهما في أيديهم، وهذا على قول أبي يوسف رحمته الله^(٢) ظاهر لا يوجب القسامة على السكان مع الملاك، والفرق على قولهما أن السفينة تنقل وتحول، فكان المعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة، ولا كذلك الدار والمحلة^(٢).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٨-٢٤٩، و«المبسوط» ١٢٠/٢٦، و«الهداية» ٥٧٣/٤، و«درر الحكام» ١٢٤/٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٩، و«المبسوط» ١١٧/٢٦، و«الهداية» ٥٦٩/٤، و«الاختيار» ٥١٥/٥، و«اللباب» ١٧٥/٣.

قال: (أو في مسجد محلة فعلى أهلها).

إذا وجد القتيل في مسجد محلة كانت القسامة على أهل المحلة؛ لأنهم أخصُّ بتديره، والتصرف فيه فكأنه وجد (القتيل)^(١) في نفس المحلة^(٢).

قال: (أو الجامع أو الشارع فلا قسامة، وتجب الدية في بيت المال).

إذا وجد القتيل في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم كانت الدية على بيت المال، ولا قسامة؛ لأنَّ ذلك المحلَّ لا يختص (به)^(٣) قومٌ دون قوم، بل المسلمون مشتركون فيه، فما يجب فيه يكون في بيت (المال)^(٤)، واليمين إنما تجب للتهمة وإنها معدومة في جماعة المسلمين^(٥)، ولو وجد في السجن، فعلى قول أبي يوسف^(٦) تجب القسامة والدية على أهل السجن؛ لأنهم السكان وولاية التدبير إليهم، والظاهر حصول القتل منهم، وهما يقولان: (إنهم)^(٧) مقهورون لا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما وجوبه بسبب النصرة^(٨).

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٥٧٠/٤، و«الاختيار» ٥١٥/٥، و«البحر الرائق» ٤٥٢/٨، و«اللباب» ١٧٥/٣.

(٣) من (ب)، (ج). (٤) في (ج): (مالهم).

(٥) «المبسوط» ١١٨/٢٦، و«الهداية» ٥٧٠/٤، و«الاختيار» ٥١٥/٥، و«البحر الرائق» ٤٥٢/٨.

(٦) «الهداية» ٥٧٠/٤، و«الاختيار» ٥١٥/٥، و«درر الحكام» ١٢٣/٢، و«البحر الرائق» ٤٥٢/٨.

(٧) من (ب)، و(ج).

(٨) «الهداية» ٥٧٠/٤، و«الاختيار» ٥١٥/٥، و«البحر الرائق» ٤٥٢/٨، و«اللباب» ١٧٦/٣.

قال: (أو في وسط الفرات أهدرناه كالبرية لا كالمحتبس بالشاطيء حيث تجب على أقرب القرى منه).

إذا وجد القتل في وسط الفرات يجري به الماء فهو هدر، كما لو وجد في برية، والجامع عدم اليد والملك والغوث (لبعد)^(١) العامر ولم يقيد البرية بما إذا كانت بعيدة من العامر؛ لدلالة الحال وما سبق من أنه إذا وُجد بين قريتين نسب إلى أقربيهما، ولذلك لم يقيد وسط الفرات بأن الماء يجري به لدلالة قوله بعد ذلك لا كالمحتبس، فإن الاحتباس دليل على عدمه في الأول^(٢).

وقال زفر^(٣) رحمه الله: تجب القسامة على أقرب القرى والأراضي من حيث وجد في الماء كالمحتبس في شاطيء الفرات، فإنه تجب القسامة والدية على أقرب المواضع منه. والفرق لنا أنه إذا كان في وسط الفرات، فالماء ينتقل به من مكان إلى مكان، فلا يدرى من أي مكان انتقل بخلاف المحتبس في الشاطيء فإنه لا ينتقل، وقد أشار في المتن بالقياسين إلى الحكم مع الإشارة إلى التعليل^(٢).



(١) في (ب): (لعدم).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٤٩، و«المبسوط» ١١٧/٢٦-١١٨، و«الهداية» ٥٧٠/٤، و«الاختيار» ٥١٥-٥١٦/٥، و«البحر الرائق» ٣٥٢-٣٥٣/٨، و«اللباب» ١٧٦/٣.

(٣) «مختلف الرواية» ١٨٨٤/٤.

فصل في المعاقلة

جمع معقلة وهي: الدية، سميت عقلاً؛ لأنها تعقلُ الدماءَ من الإراقة أو لأنها كانت إذا جمعت من الإبل تعقل ثم تساق إلى وليّ الجناية، والعاقلة: الذين يؤدون الدية^(١).

قال: (وتجب على العاقلة كل دية وجبت بنفس القتل).

هذا احتراز عما وجب بالصلح، وعما وجب بالاعتراف، وعما وجب مع سقوط القتل بشبهة كالأب في قتل ولده، وما يجب بنفس القتل كشبهة العمد والخطأ، والأصل في وجوبها على العاقلة حديث الحسن حيث قال عليه السلام: «قوموا فدوه»^(٢).

وروي أنه عليه السلام جعل على كل بطن من الأنصار عقوله^(٣)، ومن النظر أن الخاطئ معذور لعدم القصد، ولكن عذره لا يعدم حرمة النفس المعصومة، لكن تمنع ترتب العقوبة عليه، فأوجب الشرع الدية صيانةً للدم عن الهدر، وفي الإيجاب عليه في ماله إجحاف واستئصال له، فيكون عقوبته، فيضم الشرع إليه العاقلة (رفعاً)^(٤) للعقوبة عنه؛ ولأن الخطأ وشبه العمد إنما يوجدان ممن يستظهر بعشيرته وقوة يجدها في نفسه لكثرتهم وقوة / ١٠٥ /

(١) «الهداية» ٥٧٤/٤، و«الاختيار» ٥١٦/٥، و«البحر الرائق» ٤٥٤/٨، و«اللباب» ١٧٧/٣.

(٢) سبق تخريجه من حديث حمل بن النابغة.

(٣) رواه ابن أبي شيبة ٤١٨/٥ عن ابن عباس أن النبي عليه السلام كتب كتاباً بين المهاجرين والأنصار أن يعقلوا معاقلهم، وعن الشعبي مرسلاً: أن رسول الله عليه السلام جعل عقل قريش على قريش، وعقل الأنصار على الأنصار.

(٤) في (ب)، و(ج): (دفعاً).

أنصاره منهم فينزلوا منه منزلة المشاركين في القتل، فكانوا كالردّ (في المعين)^(١)، وهذا بخلاف المتلفات من الأموال؛ لقلة قيمتها فلا تحتاج إلى التخفيف، والدية مال كثير يحفف بالقاتل فاحتاج إلى التخفيف، والقتل في شبه العمد أجري في الدية مجرى الخطأ باعتبار قصور الآلة، فكذلك في تحمل العاقلة^(٢). وقضى عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة في الخطأ^(٣) من غير نكير من أحد من الصحابة رضي الله عنهم، فكان إجماعاً^(٤).

قال: (ونجعلهم أهل الديوان إن كان القاتل منهم لا أهل عشيرتهم، فتؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين سواء خرجت في أقل أو أكثر، وإلا عقله قبيلته، تقسط عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم وينقص منها، ويضم إليهم أقرب القبائل نسباً إن لم تتسع لذلك).

إذا كان القاتل من أهل الديوان فعاقلته أهل الديوان، وهم الذين لهم رزق في بيت المال، وفي زماننا هم أهل الرايات، وهم الجيش الذين كتب أساميتهم في الديوان^(٥).

(١) في (ب): (والعين).

(٢) «المبسوط» ٢٧/١٢٥-١٢٦، و«الهداية» ٤/٥٧٤، و«الاختيار» ٥/٥١٦، و«البحر الرائق» ٨/٤٥٥، و«اللباب» ٣/١٧٧-١٧٨.

(٣) تقدم تخريجه في توريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها.

(٤) «المبسوط» ٢٧/١٢٥-١٢٦، و«الهداية» ٤/٥٧٤، و«الاختيار» ٥/٥١٦، و«البحر الرائق» ٨/٤٥٥.

(٥) «المبسوط» ٢٧/١٢٥-١٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٤٨، و«الهداية» ٤/٥٧٥-٥٧٦، و«درر الحكام» ٢/١٢٥، و«اللباب» ٣/١٧٨-١٧٩.

وقال الشافعي^(١) رحمه الله: الدية على أهل العشيرة؛ لأنهم كانوا عاقلة على عهد رسول الله ﷺ فيبقى كذلك بعده؛ لامتناع النسخ بعده ﷺ، ولأن ذلك صلة والأقارب أولى بالصلاة^(٢). والتنبيه على خلافه من الزوائد.

(ولنا)^(٣): ما قضى به عمر رضي الله عنه^(٢)، فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان^(٤)، وكان ذلك بمحض من الصحابة من غير نكير، فانعقد إجماعاً، وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير من حيث المعنى؛ لأن العرب كانوا يتناصرون بأسباب، منها القرابة والولاء والحلف، وجرى الأمر على ذلك إلى زمن رسول الله ﷺ، ثم صار التناصر بالدواوين في زمن عمر رضي الله عنه حين دونها، وكان كل ديوان ينصر بعضهم بعضاً، وإن كانوا من قبائل متفرقة، وكان إيجاب العقل عليهم وفاقاً لما قضى رسول الله ﷺ على العشيرة باعتبار اتحاد العز وهو النصر، حتى إذا كان تناصرهم اليوم بالحرف فعاقلته أهل حرفته، ولما كان إيجابها بطريق الصلة، وكان إيجابها فيما يصل إليهم صلة وهو العطاء أولى، وأهل كل ديوان فيما يصل إليهم كنفس واحدة.

(١) «الأم» ١١٥-١١٦/٦، و«المهذب» ٢١٣/٢، و«الوجيز» ١٥٨/٢، و«روضة الطالبين» ٢٠١/٧.

(٢) «المبسوط» ١٢٥-١٢٦/٢٧، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٨/٣، و«الهداية» ٥٧٥/٤-٥٧٦، و«درر الحكام» ١٢٥/٢، و«اللباب» ١٧٨-١٧٩/٣.

(٣) في (ب): (وأمّا).

(٤) رواه ابن أبي شيبة ٣٩٦/٥ (٢٧٣١٦) عن الحكم قال: عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس.

والأخذُ في ثلاثِ سنين مروي عن النبي ﷺ ومحكي عن عمر^(١)
 ﷺ^(٢)، والمعتبرُ في الثلاثِ يومُ القضاء؛ لأنَّ وجوبَ الديةِ يومَ
 القضاء، فيعتبرُ ابتداءؤها من حينه^(٣)، وسواء خرجت العطايا في أقلَّ من
 ثلاثِ سنين أو أكثر منها؛ لأنَّ وجوبها في العطاءِ للتخفيفِ، فإذا حصلَ
 في أي وقتٍ حصل وجد^(٤) المقصود فيؤخذ منه، وإن تأخرت العطايا لم
 يطالبوا بشيء، وإن تعجلت لثلاثِ سنين أخذَ منها الجميعُ لما ذكرنا،
 وإذا وجبَ الكلُّ في ثلاثِ سنين كان كلُّ ثلث في سنة، فإذا وجبَ
 الثلث فما دونه كان في سنة، وما زادَ على الثلثِ إلى الثلثين في سنتين،
 وما زادَ إلى تمامِ الديةِ في السنةِ الثالثة، وإن كانت العاقلةُ أصحابَ
 الرزقِ أخذَ من أرزاقهم في ثلاثِ سنين، فإن خرجت في كلِّ سنةٍ أخذَ
 منها الثلث، وإن خرجت في كلِّ نصفِ سنةٍ أخذَ منها السدس، ويؤخذ
 في كلِّ شهرٍ بحصته، فالحاصلُ أنه يؤخذُ في كلِّ سنةٍ الثلث كيفما
 خرج؛ لأنَّ الأرزاقَ لأربابها كالعطاء^(٥) لأصحابها.

فإن كانت لهم أرزاقٌ وعطايا أخذت الديةُ من العطايا؛ لأن ذلك
 أسهل؛ لأنَّ الرزقَ مقدراً بالكفاية^(٦)، والعطاءَ مقدراً بالعناء في الحربِ

(١) «المبسوط» ١٢٥/٢٧-١٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٤٤٨/٣، و«الهداية» ٥٧٥/٤-

٥٧٦، و«درر الحكام» ١٢٥/٢، و«اللباب» ١٧٨/٣.

(٢) رواه عبد الرزاق ٤٢٠/٩، وابن أبي شية ٤٠٥/٥.

(٣) في (ب): (حينئذ).

(٤) في (ب): (هذا)، وفي (ج): (وجود).

(٥) في (ب)، (ج): (كالعطايا).

(٦) «الهداية» ٥٧٥/٤، و«الاختيار» ٥١٧/٥-٥١٨، و«اللباب» ١٧٨/٣، و«درر

الحكام» ١٢٥/٢.

والاختيار لا للحاجة، وكان الأخذ منها أسهل، هذا إن (كان) ^(١) القاتل من أهل الديوان.

فإن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته، تقسط الدية عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم وينقص منها، وقبيلة الرجل عصبته من النسب ^(٢)؛ لما روي أنه ﷺ أوجب الدية على عصابة القاتل؛ لأن تناصرهم بالقرب، ولا يزداد الواحد على أربعة دراهم أو ثلاثة دراهم، فيؤخذ منه كل سنة درهم وثلاث دراهم.

وهذا هو الأصح المختار، نص عليه محمد ﷺ ^(٢)؛ لأن الأصل فيها التخفيف، والدراهم أقل المقدرات، ويزاد ثلث درهم ليكون أكثر من الأقل، ومالم يبلغ النصف فهو في حكم الأقل، وإذا لم تتسع القبيلة لذلك ضم (إليهم) ^(٣) أقرب القبائل من غيرهم نسباً، تحرزاً عن الإجحاف وتحقيقاً لمعنى التخفيف، فيضم إليهم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصابات لوقوع التناصر بذلك ^(٤).

وكذلك أهل الديوان إذا لم تتسع للدية، يضم إليهم أقرب الرايات إليهم نصرة إذا (حزبهم) ^(٥) أمر أو دهمهم عدو، وذلك مفوض إلى رأي الإمام؛ لأنه أعلم به ^(٦)، ومن لا عاقلة له ففيه روايتان أحدهما، وهو ظاهر الرواية:

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ٥٧٥/٤، و«اللباب» ١٧٩/٣، و«درر الحكام» ١٢٥/٢.

(٣) في (ب)، (ج): (إليها).

(٤) «المبسوط» ١٢٩/٢٧، و«الهداية» ٥٧٦/٤، و«الاختيار» ٥١٨/٥، و«اللباب» ١٧٩/٣.

(٥) في (ب): (جرى بهم).

(٦) «المبسوط» ١٣٠-١٣١/٢٧، و«الاختيار» ٥١٨/٥، و«البحر الرائق» ٤٥٦/٨،

و«اللباب» ١٧٩/٣.

يجب في بيت المال؛ لأنه لو مات عن غير وارث يرثه بيت المال، فإذا جنى نغرمه إذ الغنم بالغرم، والثانية وهي الرواية الشاذة أن تجب الدية في ماله؛ لأن الأصل (أن يجب)^(١) في مال الجاني، إلا أنا عدلنا عن الأصل تخفيفاً عليه، فإذا لم يكن له عاقلة عاد إلى الأصل^(٢).

قال: (ويؤدي القاتل كأحدهم).

لأن عدم ١٠٥/ب وجوب الكل عليه كان لخوف الإجحاف به، ولا إجحاف في هذا ولأنه الجاني فلا أقل من أن يؤدي كأحدهم؛ ولأن وجوبها بالتناصر وهو أولى بنصرة نفسه^(٣).

قال: (ولا يعقل صبي ولا امرأة ولا كافر عن مسلم ولا بالعكس).

هذه زوائد، أما الأولان فلأنهما ليسا من أهل النصرة، ولأن الصبي ليس من أهل التبرع والصلوة، وأما العبد والمدير والمكاتب فلأن العرب لم يستنصروا بهم، وأما الكافر عن مسلم وبالعكس فلعدم التناصر، والكفار يعقل بعضهم بعضاً؛ لأن الكفر كله ملّة واحدة إلا أن يكون بينهم حروب، وإذا كان للذمي عاقلة فالدية على عاقلته (لالتزامهم)^(٤) بأحكامنا في المعاملات، ولوجود التناصر بينهم، وإن لم يكن له عاقلة

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «فتاوى قاضيخان» ٤٤٩/٣، و«فتح القدير» ٤٠٩/١٠، و«درر الحكام» ١٢٦/٢، و«البحر الرائق» ٤٥٨/٨، و«اللباب» ١٨١/٣.

(٣) «الهداية» ٥٧٦-٥٧٧/٤، و«الاختيار» ٥١٨/٥، و«البحر الرائق» ٤٥٦/٨، و«اللباب» ١٧٩/٣.

(٤) في (ج): (لالتزامهم).

فالدية في ماله في ثلاث سنين كما قلنا في المسلم؛ لأن الأصل أن تجب على الجاني، فإذا وجدت العاقلة تحولت إليهم فإن لم تكن عادت إلى الأصل^(١)^(٢).

قال: (ويعقل قبيلة المولى عن المعتق).

لقوله ﷺ: «مولى القوم منهم» ولأن نصره العتق بقبيلة مولاه^(٣)^(٤).

قال: (والقبيلة والمولى عن مولى الموالات).

لوجود التناصر بعقد الموالات.

قال: (ولا تعقل العاقلة جناية عبد ولا صلحاً ولا ما لزم

باعتراف الجاني إلا أن يصدقوه ولا ما نقص عن

خمسين ديناراً).

لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ:

«لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا أعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة»^(٥).

(١) «فتاوى قاضيخان» ٤٤٩/٣، و«الهداية» ٥٧٨/٤، و«الاختيار» ٥١٩/٥، و«البحر الرائق» ٤٥٧/٨.

(٢) في (ب): (الأفضل).

(٣) رواه أصحاب السنن وابن حبان عن أبي رافع. قال الترمذي: حسن صحيح وعند الشيخين عن أنس بلفظ من أنفسهم.

«خلاصة البدر المنير» ٤٥٦/٢، و«كشف الخفاء ومزيل الإلباس» ٣٨٤/٢.

(٤) «الهداية» ٥٧٩/٤، و«الاختيار» ٥١٩/٥، و«البحر الرائق» ٤٥٧/٨، و«اللباب» ١٧٩/٣.

(٥) عزاه الحافظ في «الدراية» ٢٨٠/٢ لمحمد بن الحسن في «الآثار» عن ابن عباس موقوفاً وليس فيه قوله: (ولا عبداً، ولا ما دون أرش الموضحة)، وقال: لم أره مرفوعاً.

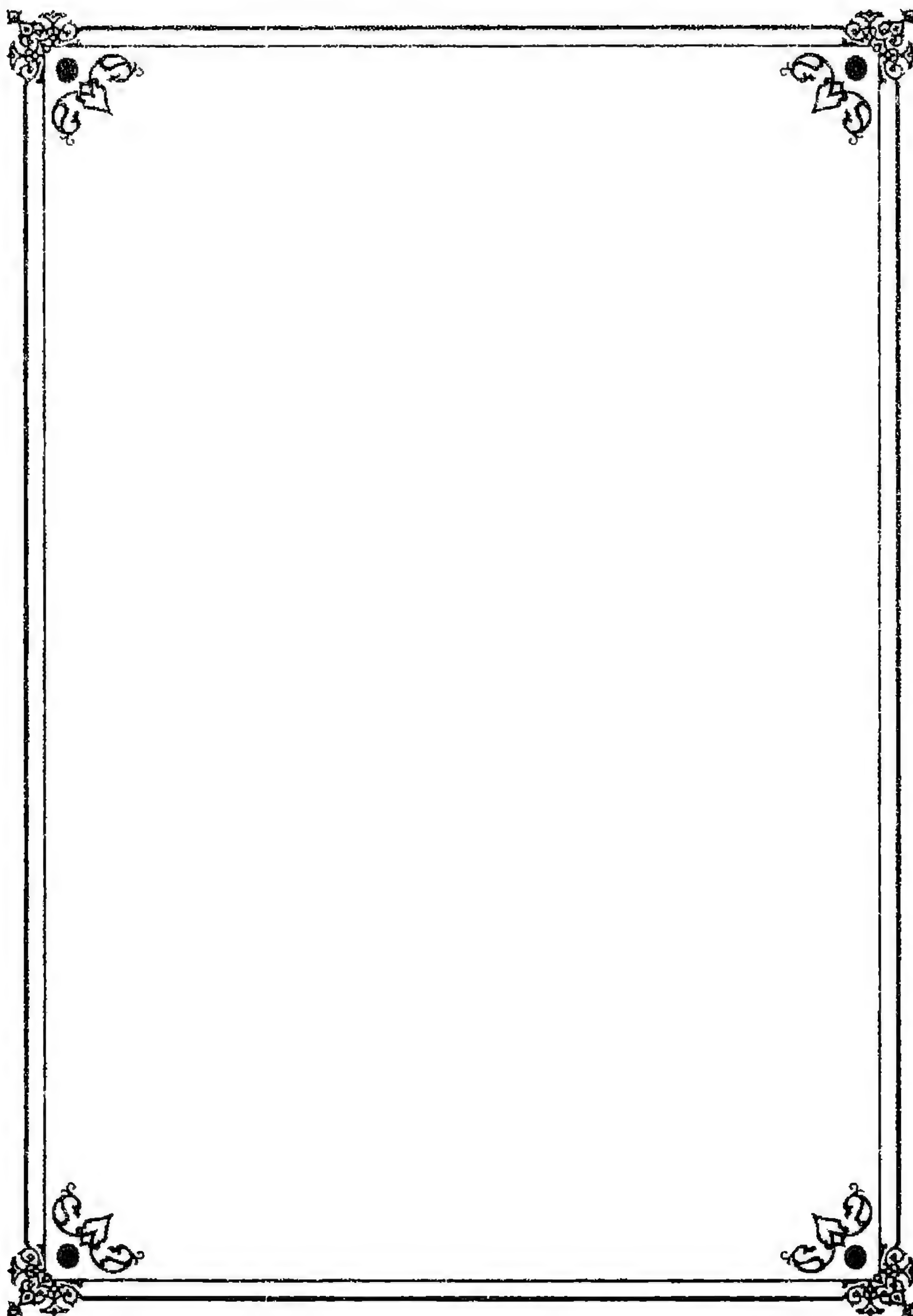
وأرشد الموضحة نصف عشر بدل النفس، ولأنَّ التحملَ للتحرز عن الإجحاف والقليل لا إجحاف فيه، وهذا التقدير بين القليل والكثير ثابت بالسمع، وما نقص عن نصف عشر الدية فهو في مال الجاني، وأما ما لزمه باعتراف الجاني فإنَّ العاقلة لا تعقله إلا أن يصدقوه؛ لما أن إقراره غير لازم لهم؛ لعدم ولايته عليهم فإذا صدقوه فقد رضوا به فيلزمهم برضاهم، ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضياً من القضاة حكم على العاقلة بالدية وكذبتهما العاقلة فلا شيء عليهم؛ لأنَّ تصادقهما^(١) لا يكون حجة عليهم، وليس على القاتل شيء في ماله؛ لأنَّ الدية تقرر على العاقلة بتصادقهما، وهو حجة في حقهما بخلاف الأول حيث تجب الدية في ماله باعترافه وتعذر إيجابها على العاقلة فتجب عليه^(٢).



(١) في (ب): (تصادقهم).

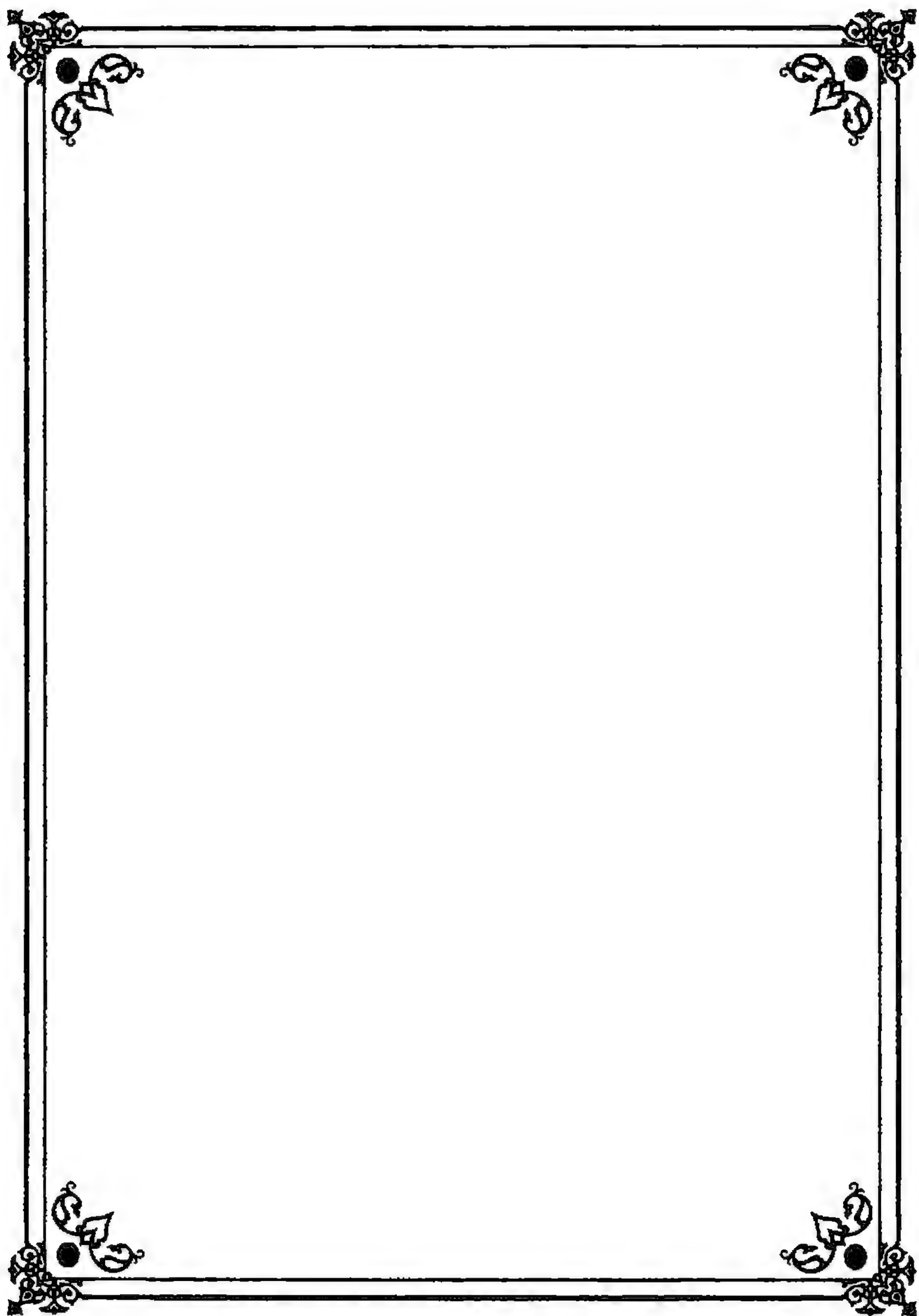
(٢) «الهداية» ٤/٥٧٩-٥٨٠، و«الاختيار» ٥/٥١٩-٥٢٠، و«البحر الرائق» ٨/٤٥٧،

و«اللباب» ٣/١٧٩-١٨٠.



۳۸

کتاب الجنود



كتاب الحدود^(١)

الحدود^(٢) جمع حد، وهو المنع في اللغة، ومنه سُمِّيَ البوابُ حداً لل منع من الدخول، وحدود الدار لأنها موانع من وقوع الاشتراك، وأُحْدِثَتِ المرأةُ: منعت نفسها من (الملاذ)^(٣) والتنعيم، واللفظُ المشتملُ على ذاتيات المحدودِ حداً يمنع غيره من الدخول فيه، وحدودُ الشرعِ موانعٌ عن الإقدام على أسبابها^(٤).

وهي في الشرع: العقوباتُ المقدرةُ الواجبةُ حقاً لله تعالى، واحترزنا بالمقدرة عن التعذير، فإنه وإن كان عقوبةً مشروعةً للزجر، إلا أنه غير مقدّر، وبكونه حقاً لله تعالى عن القصاص، فإنه وإن كان متضمناً للزجر، إلا أنه حقُّ العبدِ حتى يسقط بالعفو وبالاغتياض عنه ولا كذلك الحد، والأصلُ في شرعية الحدود وهو الزجر؛ فإنَّ الطباعَ الشريرةَ والأنفسَ الشهوانيةَ يغلب عليها تحصيلُ الشهوات بغير الطرقِ المشروعة من الشربِ والزنا، والتشفي بالقتل، والاستطالة^(٥) بالقذفِ والشتيم^(٤)، وأخذ مال الغير، والضرب، وقطع الطريق، فاقترضت الحكمةُ الإلهيةُ شرعَ هذه الحدودِ موانعَ وزواجرَ ليبقى العالمُ على نظام العدل.

(١) وجه المناسبة بين الحدود والجنايات وتوابعها من القصاص وغيره ظاهر من حيث أشتمال كل منهما على المحضور والزاجر عنه .

«اللباب في شرح الكتاب» ٣ / ١٨١ .

(٢) «مختار الصحاح» ص ١٢٣، و«المصباح المنير» ص ٧٨، و«المعجم الوسيط» ١ / ١٦٠ .

(٣) في (ب) : (التلذذ).

(٤) «المبسوط» ٩ / ٣٦، و«الهداية» ٢ / ٣٨١، و«الاختيار» ٤ / ٣١١، و«اللباب» ٣ / ١٨١ .

(٥) في (ب) : (الاستطابة).

قال: (إذا زنا رجل بامرأة، بأن وطئها في القبل في غير ملك وشبهة فشهد عليه أو عليها أربعة رجال ونشترط أجمعهم، فسألهم الإمام عن ماهيته وكيفيته، ومكانه، وزمانه، والمزني بها، فبينوا كالميل في المكحلة وعدلوا سرًا وجهراً، أو أقرب عاقل بالغ واعتبروه من ذمي بذمية أربع مرات في أربعة مجالس من مجالسه، ولا نكتفي بالمرة فسئل عما تقدم فبين حكم به، ولم يلحقوا بهما ظهور الحبل).

الزنا عبارة عن وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته، وهذا البيان من الزوائد. أما أنه الوطء في القبل حراماً فلفهم ذلك عند إطلاق اسم الزنا، ولهذا فإنه عليه السلام حدّ ماعزاً لما فسر الزنا بذلك، وأما اشتراط عدم الملك فلأن الملك مما يبيح الوطء، فلا يكون زنا، وأما اشتراط عدم الشبهة فلقوله عليه السلام: «ادرؤوا الحدود بالشبهات ما أستطعتم»، ولا بد في ذلك من مجاوزة الختان الختان؛ لأن المخالطة بذلك (تتحقق فإن)^(١) ما دونه ملامسة لا تتعلق بها أحكام الوطء من الغسل وكفارة الصوم وفساد الحج وثبوت الرجعة وغير ذلك، ثم الزنا يثبت بالبينة والإقرار، والمراد ثبوته عند الإمام، إذ الزنا فعل يثبت بفعل الزاني، ولكن البينة دليل مظهر وعلة في حق العلم به، وكذلك الإقرار لغلبة الصديق على المقر وعلى الخصوص فيما يضره ثبوت موجهه، ولما كان الوقوف على الحقيقة متعذراً أكتفي في ثبوته بالدليل الظاهر، فالبينة أن

(١) طمس في الأصل والمثبت من (ب، ج).

يشهد أربع من الرجال على رجلٍ أو امرأةٍ بالزنا^(١)، أما اعتبار العدد فلقوله تعالى: /١٠٦/ ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤]، ولقوله ﷺ لقاذفٍ امرأته: «أنت بأربعة يشهدون بصدق مقالتك»^(٢)؛ ولأنَّ في اعتبار الأربع معنى الستر المندوب إليه في الشرع، وأما اجتماعهم في مجلسٍ واحدٍ فهو شرط صحة الشهادة. وقال الشافعي رحمه الله^(٣): تصح شهادتهم متفرقين؛ لأنَّ الآية ناطقةٌ باشتراط الأربع دون اتحاد المجلس فلا يقيد به كما في سائر الشهادات.

ولنا^(٤): أن هذه شهادة يمكن فيها احتمال أن يصير قذفاً موجباً للحد إن لم يتم نصاب الشهادة، فتوقف صحة شهادة من شهد على انضمام (من يتم)^(٥) نصاب الشهادة فيتقيد بالمجلس كالإيجاب والقبول بخلاف الشهادة في سائر المواضع؛ لعدم احتمال أن يصير شيئاً آخر غير الشهادة، وههنا حين وجدت احتمال كونها قذفاً موجباً للحد إن لم ينضم إليه تمام نصابها، فإذا أنتهى المجلس ولم يتم تقرر ذلك قذفاً؛ لتوقف تمامها شهادة على انضمام الباقي، واتصال القضاء بها، وعدم توقف تمامها قذفاً على وجود شيء، ثم إذا شهدوا في مجلسٍ واحدٍ مجتمعين سألهم

(١) «المبسوط» ٣٨/٩، «تبين الحقائق» ٣/١٦٤-١٦٥، و«اللباب» ٣/١٨١، و«حاشية ابن عابدين» ٤/٦-٨.

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢/٩٤: لم أجده هكذا، ثم عزاه للبخاري [(٤٧٤٧)] من حديث ابن عباس بلفظ: «البينة، وإلا حد في ظهرك»، ولأبي يعلى [٢٠٧/٥] (٢٨٢٤) من حديث أنس بلفظ: «أربعة شهود وإلا فحد في ظهرك».

(٣) «روضة الطالبين» ٧/٣١٥.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٨٣، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٧١، و«الاختيار» ٤/٣١٢-٣١٣، و«البحر الرائق» ٥/٥، و«اللباب» ٣/١٨١.

(٥) في (ج): (مرتبة).

القاضي عن الزنا ما هو؟ وكيف هو؟ وأين (هو) ^(١) زنى؟ وبمن زنى؟ وهذا للاحتياط والاحتمال ^(٢) في درء الحد، أما السؤال عن الماهية والكيفية فلجواز أن يشتبه عليهم فيظنون ما دون الزنا (زنا) ^(٣)؛ لأنه يطلق عليه أسمه مجازاً ^(٤)، كما قال عليه السلام : «العينان تزنيان واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك أو يكذبه» ^(٥)، وأما السؤال عن الزمان والمكان فلجواز أن يكون الزنا في دار الحرب أو في زمان الصبا، أو في زمان متقدم، وأما السؤال عن المزمي بها فلا احتمال حلها له أو لاحتمال شبهة تدرأ الحد عنه لا يقف عليها الشهود، فإذا بينوا ذلك كله، وذكروا أنها محرمة عليه من كل وجه، وهذا زائد في «المختصر»، وقالوا: رأينا وطأها في فرجها كالميل في المكحلة، وعُدّلوا سرّاً وجهراً، وكيفية التعديل يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى بحكم الحاكم به ^(٦).

وأما الإقرار بأن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس يرده القاضي في كل مجلس منها، فإذا تمت سأله عن الزنا ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنى؟ وبمن زنى؟ فإذا بين حكم به ^(٧).

(١) من (ج).

(٢) في (ب، ج): (الاحتيال). (٣) من (ب، ج).

(٤) «الهداية» ٢/٣٨١، و«الاختيار» ٤/٣١٣، و«البحر الرائق» ٥/٦، و«اللباب» ٣/١٨١.

(٥) رواه أحمد ٢/٣٧٢، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٣٧٠)، من حديث أبي هريرة.

(٦) «المبسوط» ٩/٣٨، و«الهداية» ٢/٣٨١-٣٨٢، و«الاختيار» ٤/٣١٢-٣١٣،

و«البحر الرائق» ٥/٦.

(٧) «الهداية» ٢/٣٨٢، و«الاختيار» ٤/٣١٥، و«تبين الحقائق» ٣/١٦٦، و«اللباب»

٣/١٨٢.

وأما اشتراط العقل والبلوغ فلائهما شرط توجه التكليف، ولأن قول الصبي (غير معتبر)^(١) أصلاً عند الشافعي^(٢) وغير معتبر عندنا^(٣) فيما يضره؛ لأن أقواله على ثلاثة أقسام: ما ينفعه وهو معتبر غير متوقف على الأذن، وما يضره وهو غير معتبر، وما يدور بين النفع والضرر فيتوقف على إذن الولي، وأما الإسلام فليس بشرط عندنا حتى لو كان ذمياً فأقر بالزنا بدمية يحده القاضي إذا رفعوا إلينا. وقال مالك^(٤) رَحِمَهُ اللهُ: لا يحده؛ لأن قول الذمي لا يوجب على القاضي شيئاً.

ولنا^(٥): أنه أقر على نفسه بوجوبه عليه فيقبل لقوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بِصِيرَةٍ﴾ [القيامة: ١٣]، ووجوب الحكم على القاضي بسبب تقلده القضاء لا بقول الذمي، وهذه فرع على القول بوجوب القضاء بينهم بترافعهم.

ولأصحاب مالك^(٥) رحمهم الله في ذلك قولان، وإنما قيدنا بالذمية لأن الزنا بالمسلمة على وجه الاستكراه موجب للقتل؛ لأنَّ عنده نقض للعهد، والقيد من الزوائد.

وأما اشتراط الأربع فمذهبنا^(٣).

(١) في (ب): (معتبر غير متوقف).

(٢) «المهذب» ٢/٢٦٧، و«الوجيز» ٢/١٦٧، و«روضة الطالبين» ٧/٣٠٦، و«التنبيه» ص ٢٤١، و«مختصر التبريزي» ص ٣٨٢.

(٣) «الهداية» ٢/٢٨٣، و«الاختيار» ٤/٣١٥، و«تبيين الحقائق» ٣/١٦٦، و«اللباب» ٣/١٨٢-١٨٣.

(٤) «المدونة الكبرى» ٤/٣٨٤، و«الكافي» ص ٥٧١، و«بداية المجتهد» ٢/٧٧٣-٧٧٤، و«المعونة» ٣/١٣٧٦-١٣٧٧، و«التفريع» ٢/٢٢١.

(٥) «التفريع» ٢/٢٢٤، و«المعونة» ٣/١٣٩٥.

وقال الشافعي^(١) رَحِمَهُ اللهُ: يكتفى فيه بالمرة الواحدة، على أن أن الإقرار دليل مظهر، والظهور يثبت بالمرة، فلم يفد التكرار زيادة فيه^(٢) بعد ظهوره بخلاف الشهادة، فإن زيادة العدد فيها يوجب زيادة الظهور، واعتباراً بسائر الحقوق.

ولنا: حديث ماعز^(٣) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فإنه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ آخر إقامة الحد عليه حتى تم إقراره في أربعة مجالس يُعرضُ عنه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في كل مرة حتى يخرج من المسجد^(٤). وفي رواية: طرده حتى توارى بحيطان المدينة^(٥)، فلو كانت المرة كافية لما أُخِّر إلى الرابعة لثبوت الوجوب بالأولى، ولقوله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بعد أن أقر الرابعة: «الآن أقررت أربعاً»^(٦)، فإنه دليل على أن الوجوب معلق بها، ولما روي أن أبا بكر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لما أُخِّر الثالثة قال له: إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وهو دليل على سبق العلم بأن هذا العدد شرط؛ لأنه لا يعلم إلا توقيفاً، ولأن الزنا مختص بزيادة تأكيد ليس في غيره، ألا ترى أنه مختص بزيادة العدد في الشهادة فكذا في الإقرار إعظاماً لأمره ومبالغة في الستر المندوب إليه^(٧).

(١) «الأم» ١٣٥/٦، و«المهذب» ٢٦٩/٢، و«الوجيز» ١٦٩/٢، و«مختصر التبريزي» ص ٣٨٦.

(٢) في (ج): (قيد).

(٣) ماعز بن مالك الأسلمي، وقيل: إن اسمه: عريب، وماعز لقبه، له صحبة، وقصة رجمه في عهد النبي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ثابتة في الصحيحين وغيرهما، وهي مشهورة. أنظر: «أسد الغابة» ٨/٥، و«الإصابة» ٤٧٩/٢، ٣٣٧/٣.

(٤) رواه بنحوه البخاري (٥٢٧١) ومسلم (١٦٩١) من حديث أبي هريرة.

(٥) قال الحافظ في «الدراية» ٩٦/٢ (٦٤٣): لم أجده.

(٦) تقدم تخريجه، وليس فيه قوله: «الآن أقررت أربعاً»، وانظر «الدراية» ٩٥-٩٦.

(٧) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٨٣/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٠/٣، و«الهداية»

وأما اشتراطُ اختلافِ مجالسِ المقرِّ فلما روينا، والاختلافُ يثبتُ بأن يردّه الإمامُ في كلّ مرة فيذهب حتى يغيبَ عن نظره، ثم يجيء فيقر، هذا هو المروي عن أبي حنيفة رحمته الله^(١)، ولأنَّ لاتحادَ المجلس مع تعدد الأقرارِ أثرًا في جمع المتفرق منها فتقوم الشبهةُ في أن تلك الأقرارِ واحدةٌ حكمًا، والإقرارُ قائمٌ بالمقرِّ، فيعتبر اختلافُ مجلسه دون مجلسِ القاضي أو الإمام.

وإذا تم إقراره كذلك سأله القاضي عما تقدم للمعاني التي سبق ذكرها، وقيل: لا يسأله عن الزمانِ لأن تقادمَ العهدِ مانعٌ من الشهادةِ دون الإقرار، وقيل: لو سأله جازَ لجوازِ أنه زنى في صباه، فلذلك أطلق في الكتاب، وأما ظهور الحبلِ فليس مما يثبتُ به الزنا عندنا^(١).

وقال مالك رحمته الله^(٢): يثبت إما بالبينّة أو بالإقرار أو بظهور الحبل؛ لأن ظهوره من غير ١٠٦/ب زوج أدل دليلٍ على زناها، فيثبتُ به لظهور دليله.

ولنا: أن حالَ المسلم والمسلمة يمنع من أقترافِ هذه الكبيرة، وهذا الحمل يجوز أن يكونَ عن نكاحٍ صحيح أو عن نكاحٍ فاسدٍ، وهذا الاحتمال^(٣) مستند إلى دليلٍ وهو حالُ الإسلامِ المانع من أقترافِ الكبيرة فقامت الشبهةُ الدارئةُ للحدِّ.

٣٨٢/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٩/٤-١٠، و«درر الحكام» ٦٢/٢.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٨٣/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٠/٣، و«الهداية»

٣٨٢/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٩/٤-١٠، و«درر الحكام» ٦٢/٢.

(٢) «التلقين» ٤٩٨-٤٩٩، و«بداية المجتهد» ٧٧-٧٨٩، و«عقد الجواهر الثمينة»

٣٠٨/٣، و«المعونة» ١٣٨٩/٣.

(٣) في (ب): (الحمل).

قال : (ويقبل رجوعه).

إذا رجع المقرُّ عن إقراره في أثناء الحدِّ أو قبل إقامة سقطة (١) الحدِّ؛ لأن الرجوعَ خبر محتملٌ للصدق، فليس فيه من يكذبه فتتحقق الشبهة في الإقرار؛ وهذا لأنَّ الإقرارَ بالمالِ يعارضُ الرجوعَ فيه بتكذيب المقرِّ له فيتساقطان فيبقى الإقرارُ السابق. وأما ههنا فيتعارض الإقرارُ والرجوعُ وإن لم يكن الرجوعُ صالحًا للمعارضة لمكان التهمة، لكن (يورث) (٢) شبهة وهي كافيةٌ في درء الحدِّ بخلاف القصاصِ وحدِّ القذف؛ لتعلق (حق) (١) العبدِ بالقصاصِ وحدِّ القذف، فكان مكذبًا في الرجوع بخلاف ما هو خالصٌ حقُّ الله تعالى (٣).

قال : (ويستحب تلقيه إياه).

فيستحب للإمام أن يلقيه الرجوع فيقول له : لعلك قبَّلت أو لمست، لقوله ﷺ لما عَزَّ وَجَلَّ : « لعلك مسستها » (٤) أو قبلتها » (٥)، قال في «الأصل» : وينبغي للإمام أن يقول : لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة، وهو قريب مما روينا في معناه (٦).

(١) من (ب، ج).

(٢) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب، ج).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٨٤/٣، و«الهداية» ٣٨٢/٢-٣٨٣، و«الاختيار» ٣١٦/٤، و«اللباب» ١٨٥/٣، و«حاشية ابن عابدين» ١٠/٤.

(٤) في (ب) : لمستها.

(٥) رواه الحاكم ٣٦١-٣٦٢ من حديث ابن عباس، ورواه البخاري (٦٨٢٤) وليس فيه قوله : «مسستها».

(٦) «الهداية» ٣٨٣/٢، و«الاختيار» ٣١٦-٣١٧/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٦٧/٣، و«البحر الرائق» ٨/٥.

قال: (ولو أقر بعد القضاء بالبينة مرةً يسقطه وأقامه).

إذا قامت البينة على رجلٍ بالزنا فحكم القاضي به فأقرَّ المشهودُ عليه بذلك مرةً واحدةً.

قال أبو يوسف رحمته الله^(١): بطلت الشهادة لفوات شرطِ القبول، وهو إنكارُ الخصم، ولا يحدُّ بالإقرارِ لعدم شرطه، وهو كونه أربع مراتٍ في أربعة مجالس.

وقال محمد رحمته الله^(١): لا تبطلُ الشهادة لاتصالِ الحكمِ بها فتأكدت، فلم يبطلها بعد القضاء ما كان يبطلها قبله، وهذا الخلافُ مبني على أصلٍ، وهو أنَّ الإمضاء من القضاء عند أبي يوسف رحمته الله^(١) في الحدود فيما قبل الإمضاء بمنزلة ما قبل القضاء، وعند محمد رحمته الله بمنزلة ما بعد القضاء^(٢).

قال: (ويبدأ الشهودُ برجم المحصنِ ثم الإمام، ويقدم في الإقرار، ثم الناس، ويجوز أن يُحفر لها في الرجم ويغسل ويكفن ويصلى عليه).

لا يخلو الزاني إما أن يكون محصناً أو غير محصنٍ، وتفسير الإحصان يأتيك، فإذا كان محصناً فحدّه الرجم بالحجارة حتى يموت، وقد أستغنى عن بيان ذلك بقوله: (فيغسل ويكفن ويصلى عليه)، وإذا أرادوا إقامة الحدِّ عليه بدأ الشهودُ برجمه ثم الإمام ثم الناس، هكذا فعل عليٌّ رضي الله عنه؛ ولأنه قد يقدم على أداء الشهادة من لا يقدم على مباشرة الرجم تعظيماً للنفس،

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٤، «مختلف الرواية» ٣/ ١٢٠٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٧٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٤، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٧٢.

فيحمله ذلك على الرجوع عن الشهادة، فيكون في البداية بالشهود احتياطاً في درء الحد، ولا كذلك في الجلد؛ لأنه ليس كل واحد يحسنه، فربما وقع مهلكاً، وليس الغرض من الجلد الإهلاك، فلذلك لا يجب تقديمهم، والرجم مهلكٌ تساوى فيه الناس، وفي تقديمهم فائدة إمكان الرجوع فيجب، وأما في الإقرار فيتقدم الإمام، كذا فعل عليٌّ رضي الله عنه وأمر رسول الله ﷺ أن يحفر للغامدية حفرة إلى صدرها وأخذ حصاة مثل الحمصة فرماها بها، وقال: «ارموا واتقوا الوجه»، فلما طفئت أخرجها وصلى عليها، وقال: «لقد تابت توبةً لو قسمت على أهل الحجاز لو سعتهم»^(١).

ولا ينبغي أن يُربط المرجوم ولا يُمسك ولا يحفر للرجل، لكنه يُرجم قائماً؛ لأنه ﷺ لم يفعل بما عر شيئاً من ذلك، وما روي أنه هرب دليل عليه، وإنما يغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله ﷺ في قصة ماعز رضي الله عنه: «اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم»^(٢)، ولأنه باذل نفسه في حق مستحق عليه فلم يسقط الغسل كما لو قتل قصاصاً، ولصلاة النبي ﷺ على الغامدية بعد رجمها^(٣).

(١) رواه مسلم (١٦٩٥) من حديث بريدة وليس فيه: أنه ﷺ رماها بحصاة مثل الحمصة، وقال: «ارموا واتقوا الوجه» وهي عند أبي داود (٤٤٤٤).

(٢) رواه ابن أبي شيبة ٤٥٩/٢ (١١٠١٤)، من طريق أبي معاوية، عن أبي حنيفة، عن علقمة بن مرثد، عن أبيه.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٨٣-٣٨٤، و«المبسوط» ٩/٥١-٥٢، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٧٣-٤٧٤، و«الهداية» ٢/٣٨٣-٣٨٤، و«الاختيار» ٤/٣١٧-٣١٨، و«درر الحكام» ٢/٦٣-٦٤، و«اللباب» ٣/١٨٣.

قال: (فإن أمتنع الشهود سقط أو غابوا يحكم بإقامته وهما بانتظارهم).

أما الأول فلأنَّ الأمتناع دليل الرجوع عن الشهادة فسقط الحدُّ، وأما الثاني فظاهرُ الرواية أنَّ الغيبة والموت كالامتناع لفوات الشرط. وقال أبو يوسف رحمَهُ اللهُ^(١) في الغيبة: يقام الحدُّ لظهور الزنا من المحصن بالحجة الكاملة فلا يتوقف.

ولهما: أن إقامة الحدِّ في الزنا الثابت بالبينة لم يشرع إلاَّ مبدوءًا بالشهود لما روينا، فوجب التوقف ليقام على الوجه المشروع، وصار كما لو ماتوا^(١).

قال: (ومنع الناس من الحدِّ، بقول القاضي مالم يعاينوهم).

القاضي إذا أمر برجم من قد ثبت زناه وإحصانه عنده أو بضرب من ثبت زناه غير محصن عنده، ومنع الناس الإقدام على ما أمر به من غير معاينة الشهادة ولا بسبب وجوب الرجم أو الجلد عند أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسف^(٢) رحمهما الله.

وقال محمد^(٢) رحمَهُ اللهُ: لا يسعهم ذلك مالم يشاهدوا أداء الشهادة ويتحققوا سبب الوجوب، وقد أخذ فقهاء ما وراء النهر بقول محمد رحمَهُ اللهُ^(٢) وقالوا^(٣): إن الفساد غالب على قضاة زماننا، فلا يؤتمنون وعلى الخصوص في الحدود التي تدرئ بالشبهة.

(١) «الاختيار» ٣١٨/٤، و«فتح القدير» ٢٢٧-٢٢٨/٥، و«تبين الحقائق» ١٦٨/٣،

و«اللباب» ١٨٣-١٨٤/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٩/٤.

(٢) «ملتقى الأبحر» ٥٥٨/١، و«حاشية ابن عابدين» ١٢/٤.

(٣) في (ب): (وقال).

ولهما : قوله تعالى : ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ [النساء : ٥٩]
فوجب الائتمار عند صدور الأمر منهم تحقيقاً / ١١٠٧ / للطاعة المأمور بها ،
وقد فصل بعضهم في ذلك تفصيلاً حسناً ، فقال : القضاة أربعة : عالمٌ
عادلٌ ، وهذا واجبُ الطاعة ؛ لأن علمه وعدله يمنعانه عن ارتكاب
ما ليس بأمر شرعيٍّ ، فيجب الائتمار لأمره مطلقاً من غير تفحصٍ عن
سبب الثبوت عنده ، وعادلٌ جاهلٌ ، وهذا يسأل عن كيفية ثبوت ما يثبت
عنده في تلك الواقعة وسبب القضاء فيها ، فإذا أخبر عما يوافق الشرع
قبلَ قوله وعمل به ، وظالمٌ عالمٌ ، وظالمٌ جاهلٌ ، وهذان لا يُسمعُ
قولهما ولا يلتفتُ إليهما ؛ لأن العلمَ مع الظلم لا ينفع ؛ لأنه يستعين به
على الظلم ، وإذا اجتمع الجهلُ والظلمُ كان الحال أطمً ، أقول : ويجوز
أن يسأل الثالث عن ثبوت الحكم (عنده)^(١) ، فإن وافق مقتضى علمه
عُملَ به ، وإن ظهر فيه (أثر)^(٢) ظلمه ترك ؛ لأنه إذا أهملَ مطلقاً فقد
أهملَ ما يجبُ مراعاته وهو العلم^(٣).

قال : (ويجلد الحرُّ مائة جلدة والعبد خمسين ، ولا نجيزه لمولاه
بغير أمر الإمام وينزع عنه ثيابه والفرو والحشو عن المرأة ،
ويفرق على أعضائه قائماً بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً ،
ويحترز عن الوجه والفرج والرأس ويأمر بضربه سوطاً) .

لما ذكر حد المحصن أتبع بما يتعلق بغير المحصن^(٤) ، وهو إما عبدٌ

(١) من (ب ، ج) . (٢) من (ب) .

(٣) «ملتقى الأبحر» ٥٥٨/١ ، و«حاشية ابن عابدين» ١٢/٤ .

(٤) «الهداية» ٣٨٤/٢ ، و«تبين الحقائق» ١٦٩/٣ - ١٧٠ ، و«اللباب» ١٨٤/٣ - ١٨٥ ،
و«درر الحكام» ٦/٣ .

أو حرًّا، فالحرُّ حدُّه أن يجلدَ مائةً جلدةً لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، وقال في حقِّ الإمام: ﴿فَإِنْ أَتَيْتَ بِفَحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]؛ ولأن الرقَّ منقُصٌ (للنعمه فتنقص) ^(١) به العقوبة لأن الجناية مع توفر النعم أفحش فتغليظ الجزاء به أليق، وليس للمولي أن يقيم الحدَّ على عبده إلا بإذن الإمام ^(٢).

وقال الشافعي رحمته الله ^(٣): يجوز بغير إذنه لأن ولاية المولى على عبده أكثر من ولاية الإمام، فإن له من التصرفات فيه ما ليس للإمام، وإذا كانت له الولاية المطلقة جاز له أن يقيم عليه الحدَّ وصار كالتعزير.

ولنا: قوله رحمته الله : «أربع إلى الولاية» ^(٤)، وذكر منها الحدود، ولأنَّ الحدَّ حقُّ الله تعالى فإن شرعيته للزجر المؤثر في إخلاء العالم عن الفساد، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد، وإذا كان حقُّ الشرع تعين نائبه في إقامته، وهو الإمام أو من ينوب منابه بخلاف التعزير؛ لأنه حقُّ العبد، ألا ترى أن الصبيَّ يُعزَّر وإن كان غير مخاطبٍ لحقوق الشرع.

وأما نزع الثياب عنه، فالمراد به غير العورة بدلالة نزع الفرو والحشو عن المرأة؛ لأن بدنَّها عورة، وكشف العورة حرام، والفرو والحشو مانع عن وصول الألم الذي هو سببُ الأنزجار فيجرد عنه ^(٥).

(١) من (ب، ج).

(٢) «الاختيار» ٣٢١/٤، و«فتح القدير» ٢٣٥/٥، و«البحر الرائق» ١٠/٥، و«حاشية ابن عابدين» ٩/٤.

(٣) «الأم» ١٣٥/٦، و«المهذب» ٢٦٨/٢، و«التنبيه» ص ٢٤٢، و«مختصر التبريزي» ص ٣٨٦.

(٤) قال الحافظ في «الدراية» ٩٩/٢ (٦٥٧): لم أجده.

(٥) «الاختيار» ٣٢١/٤، و«فتح القدير» ٢٣٥/٥، و«البحر الرائق» ١٠/٥، و«حاشية ابن عابدين» ١٣/٤.

وعليٌّ رضي الله عنه أمر بتجريد المحدود^(١)؛ ولأنه أبلغ في إيصال الألم إليه، وحدُّ الزنا مبناه على الشدة في الضرب، فيشرع التجريد ويتحفظ عن كشف العورة؛ لأنه حرام، وإنما يفرق الضرب على أعضائه تحريزاً عن التلف، فإنه لو جمع الضرب كله على عضو واحد قد (يفضي إليه)^(٢)، وشرعية هذا الحد للزجر لا للإتلاف. ذكر في «المنظومة»^(٣) أنه يخص الظهر بالضرب عند الشافعي رضي الله عنه^(٤).

قال في «الوجيز»^(٥): ويفرقه على جميع بدنه إلا الوجه والمقاتل فتركت الخلاف فيه، وإنما يضرب قائماً - وهو من الزوائد - يقول علي رضي الله عنه: يُضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً؛ ولأن مبنى إقامة الحد على الشهرة والقيام أبلغ فيه، ولا نمد الرجل على الأرض مداً كما يفعله الكفار، ولا يمد السوط، ولا يرفعه الضارب فوق رأسه، ولا يمد السوط بعد الضرب؛ لأن ذلك كله غير مستحق فلا يفعل. ومعنى قوله: (لا ثمرة له): أي بكسر ما في السوط من الثمرة وتجرده عنها، فالقذوة في ذلك علي رضي الله عنه، فإنه فعل ذلك حين أقام الحد، والضرب المتوسط أن يكون بين المبرح وغير المؤلم، فإن المبرح مفضٍ إلى الهلاك، والثاني لا يفيد ما شرع له الحد وهو الزجر^(٦).

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٩٨/٢ (٦٥١): لم أجده، بل المنقول عنه خلافه.

(٢) في (ب): (يقضي عليه).

(٣) «المنظومة» لوحة (١٢٧).

(٤) «المهذب» ٢٧١/٢، و«الوجيز» ١٨٢/٢.

(٥) «الوجيز» ١٨٢/٢.

(٦) «الاختيار» ٣٢١/٤، و«فتح القدير» ٢٣٥/٥، و«البحر الرائق» ١٠/٥، و«حاشية

ابن عابدين» ١٣/٤.

ويتحرز عن الوجه والفرج لقوله ﷺ للذي أمره بضرب الحد: « اتق الوجه والمذاكير»^(١)؛ ولأن أجنب المقاتل فيما لا يراد فيه التلف، والهلاك متعين، ولهذا قصد المقتل في الرجم؛ لأن المراد فيه الإتلاف والفرج مقتل والوجه مجمع المحاسن فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب، وهو إتلاف حكيم^(٢).

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يضرب الرأس ضربة واحدة^(٣)، وعندهما يجتنب ضربه كما يجتنب ضرب الوجه والفرج. له قول أبي بكر رضي الله عنه: أضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً، ولأنه ﷺ نهى عن ضرب الوجه والمذاكير^(٤)، ولم يذكر الرأس.

ولهما^(٥): أن هذا الحد شرع زاجراً لا متلفاً، والضرب على الرأس قد يفضي إلى التلف، ولهذا لا يضرب الرأس فوق السوط الواحد إجماعاً، والتنصيص على الوجه والمذاكير تنصيص على الرأس؛ لأن الوجه مجمع المحاسن والرأس مجمع الحراس، فلما كان المنع من ضرب الوجه والمذاكير معللاً بالإفضاء إلى الهلاك صورة أو معنى، والعلة^(٦) شاملة فعم الحكم، وأما حديث أبي بكر رضي الله عنه فقد نقل أنه (في)^(٧) حربي كان من دعاة الكفر، وكان إهلاكه مستحقاً.

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٩٨/٢ (٦٥٢): لم أجده، وعزاه موقوفاً عن علي لابن أبي شبة «المصنف» ٥٢٤/٥ (٢٨٦٦٦).

(٢) «الاختيار» ٣٢١/٤، و«فتح القدير» ٢٣٥/٥، و«البحر الرائق» ١٠/٥، و«حاشية ابن عابدين» ١٣/٤.

(٣) تقدم تخريجه، وأنه موقوف على علي.

(٤) في (ب): والعامة.

(٥) من (ب، ج).

وتعيينُ السوطِ من الزوائد^(١). /١٠٧ب/

قال: (ولا يجمع بين الجلد والرجم).

المحصن لا يجمع في إقامة الحدِّ عليه بين الجلد والرجم؛ لأن الحدَّ شرع زاجرًا والزجرُ يحصل بالرجم الذي هو أقصى العقوبة، فخلا الجلد عن فائدة الرجم^(٢)، وليس المرادُ زجرة المحدود لفواته بعد هلاكه؛ ولأنه ﷺ لم يجمع بينهما^(٣).

قال: (ولا يجمع بين الجلد والنفي حدًّا).

إذا وجب جلدُ البكر فهو تمامُ حدِّه، ولا يجمع عليه بين الجلد والنفي على أنه حد، لكن للإمام أن يغربه على قدر ما يرى على وجه التعزير. وقال الشافعي رحمه الله^(٤): يغربه عامًا على أنه من الحد^(٥) لقوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»^(٦).

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَاجْلِدُوا﴾ [النور: ٢] فوجب أن يكون المذكورُ كلَّ الحد، إما لأنه جزاءٌ على الجنائية بحرف الفاء، والجزاء أسم للکاف، وإما لأنه كلُّ المذكور؛ لأنَّ السكوتَ في موضع الحاجة إلى البيان

(١) «الاختيار» ٣٢١/٤، و«فتح القدير» ٢٣٥/٥، و«البحر الرائق» ١٠/٥، و«حاشية ابن عابدين» ١٣/٤.

(٢) في (ب، ج): (الزجر).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٥٧٧/٣، و«تبيين الحقائق» ١٧٣/٣، و«درر الحکام» ٢/٦٤، و«اللباب» ١٨٧/٣.

(٤) «الأم» ١٣٣/٦، و«المهذب» ٢٦٨/٢، و«الوجيز» ١٦٧-١٦٨/٢، و«روضة الطالبين» ٣٠٧/٧، و«التنبيه» ص ٢٤١.

(٥) في (ج): (الجلد).

(٦) رواه مسلم (١٦٩٠).

بيان، ولأنَّ في التغريبِ فتحَ بابِ الزنا، فلم يجر أن يكون من الحدِّ الذي شرعَ زاجرًا عنه، لأنَّ المزني بها إذا نفيت لم يبق من يستحي منه من عشيرتها، فتقدم عليه، أو لأنها حالة الغربة لا تتمكن من تحصيل ما تقوم بمعاشها فتتخذ زناها مكسبًا، وهو من أعظم وجوه الزنا^(١)، يؤيد ذلك قول علي رضي الله عنه: كفى بالنفي فتنة.

وأما ما رواه فهو منسوخٌ بالآية كما نسخ باقيه، وهو قوله ﷺ: «والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة»^(٢)، وبيان ذلك أنَّ الحدَّ في الأصل كان الأذى بالكلام كما قال الله تعالى: ﴿فَتَاذُوهُمَا﴾ [النساء: ١٦] ثم نسخ ذلك بالحبس كما قال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُمْ فِي الْبُيُوتِ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥] (ثم نسخ ذلك بحديث عبادة بن الصامت^(٣) رضي الله عنه وهو قوله ﷺ: «خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً»^(٤) البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة»^(٥)، فكان ذلك بيانًا للسبيل الموعود في الآية، وذلك قبل نزول آية النور لقوله ﷺ: «خذوا عني» ثم نزلت آية الجلد فكانت ناسخة، فاستقر الحكم في غير المحصن والرجم في حق المحصن.

وقوله: (حدًا) هو موضع الخلاف، فإن عندنا يجمع تعزيرًا لا حدًا، وعلى ذلك يُحمل ما روي من الحديث المنسوخ، وما (روي)^(٦) من

(١) «المبسوط» ٩/٤٤-٤٥، و«الهداية» ٢/٣٨٦، و«الاختيار» ٤/٣٢٠.

(٢) رواه مسلم (١٦٩٠).

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) من (ب، ج).

(٥) رواه مسلم (١٦٩٠).

(٦) من (ب).

فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ^(١)، فإن عمر نفى رجلاً فلحق بالروم فقال: لا أنفي بعدها أحداً. فدل ذلك أنه فعله تعزيراً، إذ الحد لا يجوز الإخلال به، ولو كان حداً لما اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم، وقد تقدم قول علي رضي الله عنه ورجوع عمر رضي الله عنه، والإمام إن رأي ذلك مصلحةً فعله لأن فيه فائدةً حاضرةً وهو صاحبُ سياسةٍ، فيمضي ما تقتضيه المصلحة الحاضرة ^(٢).

قال: (ويرجم المريض ويؤخر جلده).

إذا زنا المريض وحده الرجم رُجم لأن الإتيان مستحق، فلم يكن المرضُ مانعاً، وإن زنى وحده الجلد يؤخر إلى أن يبرأ من مرضه؛ لأنَّ الهلاك ليس بمستحق والجلد قد يفضي بالمرض إلى الهلاك، فكان مانعاً ^(٣)، ولهذا لا يقام القطع في غاية الحرِّ والبرد للإفضاء إلى الهلاك ^(٤).

قال: (والتأخير إلى استغناء الولد لعدم المربي رواية، وجلد

الحامل حتى تتعالى من نفاسها ورجمها حتى تضع).

إذا زنت الحامل وحدها الجلد يؤخر جلدها حتى تتعالى من نفاسها أي: تخرج منه؛ لأن ذلك نوع مرضٍ فيؤخر إلى زمان البرء، وإذا زنت وحدها الرجم يؤخر رجمها حتى تضع حملها؛ لأن الولد نفسٌ محترمةٌ فلا يجوز إهلاكه، فإذا وضعت جاز الرجم لانفصال المانع عنه.

(١) رواه عبد الرزاق ٣١٥/٧ (١٣٣٢٨).

(٢) «المبسوط» ٩/٤٤-٤٥، و«الهداية» ٢/٣٨٦، و«الاختيار» ٤/٣٢٠.

(٣) في (ب): (ثابتاً).

(٤) «الهداية» ٢/٣٨٦، و«الاختيار» ٤/٣٢٠، و«تبين الحقائق» ٣/١٧٤، و«اللباب»

وعن أبي حنيفة رحمته الله^(١) أن رجمها يؤخر إلى أن يستغني عنها ولدها إذا لم يكن له من يقوم بتربيته لأن المانع من رجمها وهي حامل وهو حفظ الولد، وذلك موجود بعد وضعها إياه فإنه إذا لم يكن له من يقوم بتربيته أدى إهلاك أمه إلى ضياعه، فيؤخر حفظاً (له)^(٢)، فإذا أستغني عنها زال المانع على الإطلاق، وهذه رواية حسنة. وفي الحديث أنه صلى الله عليه وسلم قال للغامدية بعدما وضعت: «ارجعي حتى يستغني ولدك»^(٣)، وهذه الرواية من الزوائد. ثم الحامل تحبس حتى تضع ولدها إن كان زناها ثابتاً بالبينه تحرراً عن الهرب، وإن كان ثابتاً بالإقرار لم تحبس؛ لأن رجوع المقر في الزنا مقبول فلا يفيد حبه^(٤).

قال: (ويشترط الإسلام في الإحصان مضافاً إلى الحرية والبلوغ والعقل، والدخول بزوجه في نكاح صحيح وهما محصنان).

الإحصان الذي هو شرط الرجم أن يكون الزاني حرّاً عاقلاً بالغاً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهي محصنة حال الدخول، وهذا بالإجماع^(٥)، والإسلام أيضاً شرط عندنا^(٦).

(١) «الهداية» ٣٨٦/٢، و«درر الحكام» ٦٤/٢، و«اللباب» ٦٤/٢.

(٢) من (ج).

(٣) قصة الغامدية تقدم تخريجها، وقال الحافظ في «الدراية» ١٠١/٢: لم أجده بلفظه.

(٤) «الاختيار» ٣٢٢/٤، و«تبيين الحقائق» ١٧٥/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٩١/١.

(٥) «الهداية» ٣٨٥/٢، و«الاختيار» ٣٢٢/٤، و«البحر الرائق» ١١/٥.

(٦) «مختصر أختلاف العلماء» ٢٧٩-٢٨٠/٣، و«المبسوط» ٣٩/٩، و«اللباب»

١٨٧/٣، و«حاشية ابن عابدين» ١٦-١٧/٤.

وقال الشافعي رحمته الله ^(١): ليس بشرط، أما العقل والبلوغ فشرطان في توجه التكليف وأهلية العقوبة، وأما ما عداهما فيشترط لحصول كمال الجناية ليرتب عليه كمال العقوبة، إذ كفران النعمة عند توفرها أغلظ، وهذه الأشياء من جلائل النعم، وقد نيط الرجم باستجماعها فيخرج ما عداها من النعم كالشرف والعلم وغير ذلك؛ لعدم ورود الشرع باعتبارها، ولا يجوز نصب الشرع بالرأي؛ ولأن هذه كلها زواجر عن الزنا؛ لأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح، والنكاح الصحيح ممكن / ١٠٨/ من الوطء الحلال، والإسلام ممكن من نكاح المسلمة، ويؤكد اعتقاد الحرمة، فكان زناه مع حصول هذه الزواجر أغلظ في الجناية. وللشافعي رحمته الله في عدم اعتبار الإسلام ما روي أنه رحمته الله رجم يهوديين قد زنيا ^(٢).

ولنا ^(٣): قوله رحمته الله : «من أشرك بالله فليس بمحصن» ^(٤)، ورجمه رحمته الله كان بحكم التوارية ثم نسخ، والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل.

وقوله: (وهما محصنان) جملة حالية من ضميرهما، أي: وهما على صفة الإحصان حال الدخول حتى لو دخل بالمنكوح الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لم يكن محصناً، وكذلك لو كان الزوج عبداً أو صبيّاً

(١) «المهذب» ٢/٢٦٧، و«روضة الطالبين» ٧/٣٠٩، و«التنبيه» ص ٢٤١، و«غاية البيان» ص ٢٩٩.

(٢) «الأم» ٦/١٣٩، و«المهذب» ٢/٢٦٧، و«روضة الطالبين» ٧/٣٠٩،

(٣) «المبسوط» ٩/٤٠، و«فتح القدير» ٥/٢٣٨-٢٣٩، و«تبين الحقائق» ٣/١٧٢-١٧٣.

(٤) رواه الدارقطني ٣/١٤٧ من حديث ابن عمر، وقال: والصواب موقوف.

أو مجنوناً أو كافراً، وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة، وإنما شرط ذلك لتكامل النعمة الزاجرة عن الزنا، إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة، والرغبة قليلة في صحبة الصغيرة لقلة رغبتها فيه، وكذلك في المملوكة تحرراً عن رق الولد، وكذلك عن الكافرة، لأن الاختلاف في الدين مانع عن الإتلاف^(١).

قال: (ويحكم به لإسلامها بعده).

قال أبو يوسف رحمته الله^(٢): إذا تزوج امرأة كتابية ودخل بها ثم أسلمت بعد الدخول يثبت إحصانه.

وقال^(٢): لا يثبت إحصانه حتى يدخل بها بعد الإسلام^(٣) له أن النعمة متكاملة بوطء العاقلة البالغة لتوافر الرغبة من الجانبين.

ولهما: قوله رحمته الله لحذيفة^(٤) رضي عنه وقد تزوج ذمية: «دعها فإنها

(١) «المبسوط» ٤٠/٩، و«الهداية» ٣٨٥-٣٨٦/٢، و«تبيين الحقائق» ١٧٢/٣-١٧٣.

(٢) «المبسوط» ٤١/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٣/٣، و«حاشية ابن عابدين» ١٧/٤-١٨.

(٣) في (ب): (إسلامها).

(٤) حذيفة بن اليمان، وهو حذيفة بن حسيل، ويقال: حسل بن جابر بن أسيد بن عمرو بن مالك، ويقال: ابن اليمان بن جابر بن عمرو بن ربيعة بن حروة بن الحارث بن مازن بن قطيعة بن عيسى بن يغيص بن ريث بن غطفان بن سعد بن قيس عيلان بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان، أبو عبد الله العبسي، حليف بني عبد الأشهل، صاحب سر رسول الله ﷺ. شهد مع رسول الله ﷺ أحداً هو وأبوه، وقُتل أبوه يومئذ، قتله المسلمون خطأ. سكن الكوفة، وتوفي سنة ست وثلاثين بالمدائن، بعد قتل عثمان رضي عنه بقليل، ولم يدرك الجمل.

انظر ترجمته في «طبقات ابن سعد» ٥٢٧/٥، و«معرفة الصحابة» ٦٨٦/٢-٦٩١.

(٥٦٦)، و«الاستيعاب» ٣٩٣-٣٩٤/١ (٥١٠)، و«أسد الغابة» ٤٦٨/١-٤٧٠.

(١١١٣)، و«تهذيب الكمال» ٤٩٥/٥-٥١٠ (١١٤٧).

لا تحصنك»^(١)؛ ولأنَّ النعمة لا تتكاملُ مع اختلافِ الدينِ لحصولِ نفرةِ المسلم عن صحبةِ الكافرة.

قال: (وأثبتناه برجل وامرأتين).

الإحصانُ يثبتُ بشهادةِ رجلٍ وامرأتين.

وقال زفر رضي الله عنه^(٢): لا يثبتُ لأنَّ الإحصانَ شرطُ ثبوتِ الرجمِ، وإن كان حدُّ الزنا يثبتُ بشهادة (شهود)^(٣) الزنا، لكن تعيين الرجم بشهود الإحصان، فكانت هذه الشهادة هي التي تجعل الشهادة على الزنا موجبةً للرجم فتزلت منزلة علة العلة، وشرطُ الذكورة مراعى في جميع أسباب العقوبات احتيالاً^(٤) للدرء.

ولنا^(٥): أنَّ الإحصانَ شرطُ أهليةِ الزاني لوجوبِ الرجمِ عليه؛ لأنه عبارة عن أوصافٍ جميلةٍ وخصالٍ حميدةٍ، ولا أثر لذلك في العقوبة، فلا يشترط لثبوته ما يشترط لوجوبِ الرجم لكونه شرطاً محضاً وليس بشرط لعلة الوجوب ولا لإقامة الحد^(٥)، ولا للظهور؛ لأنَّ علة الوجوب هو الزنا وعلة إقامة الحد ظهوره، وعلة ظهوره الشهادة، وليس شيء من ذلك متوقفاً على الإحصان، والحكم لا يضاف إلى الأهلية، فكذا إلى شرطها^(٦).

(١) رواه سعيد بن منصور (٧١٥)، والدارقطني ١٤٨/٣ ولكن عن كعب بن مالك، وأما حديث حذيفة فرواه سعيد بن منصور (٧١٦) أنه تزوج يهودية، فكتب إليه عمر: طلقها.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٠٦-٣٠٧، و«المبسوط» ٩/٤٢، و«فتاوى قاضيخان» ٤/٤٧٣، و«الهداية» ٢/٣٩٧-٣٩٨.

(٣) من (ب، ج). (٤) في (ج): (احتياطاً).

(٥) في (ب): (الحدود).

قال: (ولو قالوا: دخل بها فهي مقبولة كالجماع وخالفه).

شهود الإحصان إذا قالوا: نشهد أن هذا تزوج امرأة مسلمة عاقلة بالغة نكاحاً صحيحاً، ودخل بها يثبت إحصانه عند أبي حنيفة رحمته الله^(١).

وقال محمد رحمته الله^(١): لا يثبت إحصانه، ولو شهدوا بالوطء أو بالجماع صح إجماعاً. له أن الدخول أمر محتمل فقد يعبر به عن الوطء وقد يعبر به عن الدخول للزيارة أو للعيادة، ومع الاحتمال لا يكون لفظ الدخول محصلاً للعلم بالوطء.

ولأبي حنيفة رحمته الله^(١) أن هذا اللفظ لا يستعمل إلا في الوطء، فكان العلم بالوطء حاصلاً به بخلاف الدخول للزيارة والعيادة؛ لأنه يقال فيهما دخل عليها لأنها كالشهادة على الجماع، وقد عرف به في المتن حكمه وأشار به إلى التعليل^(١).

قال: (وإذا شهدوا بحد متقادم لا بعدهم ردت إلا في

القذف).

والأصل أن ما كان خالص حق الله تعالى من الحدود يبطل بالتقادم؛ لأنَّ الشاهد (فيها)^(٢) مخير بين أن يشهد على فاعلها وبين أن يستر عليه، كل ذلك حسبة لله تعالى.

فإذا أخرج الشهادة لا لكونه بعيداً عن القيام ثم أقدم على أدائها، فإن كان التأخير لاختياره الستر، فالباعث على الإقدام حينئذٍ عداوة أو ضغن يوجب في شهادته تهمة مانعة عن القبول، وإن كان لا لاختيار الستر كان

(١) «المبسوط» ٤٣/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٣/٤، و«فتح القدير» ٢٩٩/٥-٣٠٠،

و«حاشية ابن عابدين» ٣٦/٤.

(٢) من (ب، ج).

بالتأخير آثماً فاسقاً فلا يقبل أيضاً، وهذا بخلاف الإقرار لانتفاء التهمة مطلقاً، وإنما أستثنى (حد^(١)) القذف؛ لأن فيه حقَّ العبد وهو دفعُ العارِ عنه، ولهذا لم يصح رجوعه عنه لو أقرَّ به، والتقدم غير مانع في حقوق العباد؛ ولأنَّ قبولَ الشهادة في حقوقهم مترتبٌ على تقدُّم الدعوى، فيحمل التأخيرُ على عدم المدعي، فلا يكون موجباً للفسق^(٢) بخلاف حدَّ السرقة لعدم توقف الأداء على المدعي في حقِّ الحبس، فيكون التأخير موجباً للتهمة، فإن الدعوى فيه شرط في المال. وأما في حدَّ القذف فلا يقبل في حقِّ الحبس؛ لأن فيه حقَّ العبد، وفي حقوقهم لا تقبل الشهادة في حقِّ الحبس كما في القصاص. ثم التقدم كما يمنع قبولَ الشهادة في الابتداء يمنع إقامة الحدِّ بعد القضاء قبل الإمضاء؛ لكون الإمضاء من القضاء في باب الحدود؛ لأن المقصود من القضاء في حقوق العباد إعانة العاجز، وفي حقوق الله تعالى / ١٠٨ ب/ الزجر لا غير؛ لتعالیه سبحانه عن العجز والإعانة، فكان الإمضاء فيها من القضاء، وهذا كما إذا ضرب بعض الحدِّ فهرب، ثم أخذ بعد تقدم الزمان لا يقام عليه بقية الحدِّ^(٣)، خلافاً لزفر رحمته الله^(٣)، والقياس^(٤) أن يقام؛ لأنَّ هذا التأخير بعذر الهرب، فلم يكن قادحاً في الشهادة،

(١) من (ب).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٩٥/٣، و«المبسوط» ٦٩/٩-٧٠، و«الهداية» ٣٩٣/٢، و«الاختيار» ٣١٤/٤، و«اللباب» ١٨٩/٤.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٩٥/٣، و«المبسوط» ٦٩/٩-٧٠، و«الهداية» ٣٩٣/٢، و«الاختيار» ٣١٤/٤.

(٤) «فتح القدير» ٢٨١/٥، و«تبيين الحقائق» ١٨٨/٣، و«مجمع الأنهر» ٥٩٧/١-٥٩٧، و«حاشية ابن عابدين» ٣١-٣٣/٤.

والأول هو الاستحسان، لأنَّ العارضَ في هذه الحدود بعد الشهادة قبل الإقامة كالمقترن بالشهادة بدليل عمى الشهود وردتهم.

واختلف في حدِّ التقادم، ففي «الجامع الصغير»^(١) أشار إلى ستة أشهر بقوله: بعد حين، وكذا أشار الطحاوي^(٢)، وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(٣) فوضَّ ذلك إلى رأي الإمام في كل عصر.

وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ^(٣): التقديرُ بشهر؛ لأنَّ ما دونه عاجلٌ، وهو رواية عن أبي حنيفة^(٣) وأبي يوسف^(٤)، وهو الأصحُّ، هذا إذا لم يكن بين الشهود وبين القاضي مسيرة شهر، أما إذا كان تقبل شهادتهم لأن المانع عن إقامة الشهادة بعدهم عن الإمام؛ ولهذا أحترز في المتن فقال: (لا)^(٥) لبعدهم، فلم تتحقق الشبهة حينئذٍ، والتقادم في حدِّ الشرب كذلك عند محمد رَحِمَهُ اللهُ^(٦)، وعندهما مقدر بزوال الرائحة كما يأتي إن شاء الله تعالى.

(١) «الجامع الصغير» ص ٢٧٧.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٤.

(٣) «المبسوط» ٧٠/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٢/٣، و«الهداية» ٣٩٤/٢، و«الاختيار» ٣١٥/٤.

(٤) «المبسوط» ٧٠/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٢/٣، و«الهداية» ٣٩٤/٢، و«الاختيار» ٣١٥/٤، و«اللباب» ٢٩٠/٣.

(٥) من (ب).

(٦) «الهداية» ٣٩٤/٢، و«تبيين الحقائق» ١٨٨/٣.

قال: (ويحدون لنقصان عددهم).

لأنهم قذفة فإنه لا حصة عند نقصانهم، وصورة هذه الشهادة قذف،
إلا أن خروجها عن القذف إلى الشهادة موقوف على كمال العدد^{(١)(٢)}.

قال: (ولو جلد فظهر أحدهم عبدا حدوا).

إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فجلد بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا
أو محدودا في قذف فإنهم يحدون لأنهم قذفة فإن الشهود ثلاثة^(٣).

قال: (وأرش الضرب الجارح غير واجب وأوجباه في بيت
المال).

إذا وجد أحد الشهود عبدا أو محدودا في قذف بعد أن جلد بشهادتهم
وجرحته السياط لم يجب أرش الضرب على أحد عند أبي حنيفة^(٤).

وقال^(٤): يجب الأرش في بيت المال، ولو رجع أحدهم لم يجب
الأرش عليه، وعلى هذا الخلاف لو مات من الجلد، وعلى هذا إذا
رجع الشهود لا يضمنون.

وقال^(٤): يضمنون عنده ومعرفة الأرش أن يقوم المحدود عبدا سليما
عن هذا الأثر، ويقوم وبه هذا الأثر وينظر ما تنقص القيمة فينقص من الدية
مثله لهما أن الجرح مضاف إلى شهادتهم؛ لأنهم أثبتوا الجلد، والاحتراز

(١) «المبسوط» ٦٥/٩، و«الهداية» ٣٩٥/٢، و«الاختيار» ٣١٣/٤، و«اللباب» ١٨٦/٣.

(٢) في (ج): (القذف).

(٣) «المبسوط» ٨٩/٩، و«الهداية» ٣٩٥/٢، و«تبيين الحقائق» ١٩٢/٣، و«حاشية ابن
عابدين» ٣٣/٤.

(٤) «الهداية» ٣٩٥/٢، و«الاختيار» ٣١٣-٣١٤/٤، و«تبيين الحقائق» ١٩٢/٣،
و«البحر الرائق» ٢٥/٥، و«درر الحكام» ٦٨/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٩٩/١.

عن وقوع الجرح غير ممكن فكانوا مثبتين للجلد بنوعيه، وقد أترفَ الراجعُ بأنه جانٍ في الشهادة إلى تعقيب الجرح فيضمن^(١)، أما العبدُ فلا يضمن لعدم الجناية لجواز كونه عدلاً، إلا أن القاضي أخطأ في القضاء بشهادته فيجب الضمانُ على من وقع القضاء له وهم العامة، فيجب في بيت المال كما في الرجم والقصاص، وله أن الجرح ليس مضافاً إلى شهادتهم؛ لأن الشهادة أثبتت الحد^(٢) وهو ضربٌ مؤلَّمٌ غيرُ جارحٍ، وإنما الجرحُ بفعل الضاربِ أو لرقعة بشرة المضروبِ فلا يضمنه أحد، أما غير الضاربِ فلعدم الإضافة إليه، وأما الضاربُ فالقياسُ أن يجب الضمانُ عليه، لكن ذلك مستلزم لامتناع إقامة الحدود مخافة وجوب الضمان، فلم يجب مطلقاً^(٣).

قال: (ولو رجعوا بعد الرجم حددناهم وغرموا الدية ولا نقتلهم).

إذا شهد أربعة على رجلٍ محصنٍ بالزنا فرجم ثم رجعوا عن شهادتهم يغرمون ديته ويحدون حدَّ القذف^(٤). وقال زفر رحمته الله^(٤): لا يحدون. وقال الشافعي رحمته الله^(٥): يقتلون لأنهم أقروا بوجوب^(٦) القتل منهم

(١) في (ب): (فيضمنون).

(٢) في (ب، ج): (الحدود).

(٣) «الهداية» ٣٩٥/٢، و«الاختيار» ٣١٣/٤-٣١٤، و«تبيين الحقائق» ١٩٢/٣، و«درر الحكام» ٦٨/٢، و«البحر الرائق» ٢٥/٥، و«مجمع الأنهر» ٥٩٩/١.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣٠٧-٣٠٨/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٤/٣، و«الهداية» ٣٩٦/٢.

(٥) «المهذب» ٣٤١/٢، و«حلية العلماء» ٣١٥/٨، و«تكملة المجموع» ٢٩٠/٢٢.

(٦) في (ب، ج): (وجود).

تسببًا، فنزلوا منزلة المكره، ولزفر رحمته ^(١) أنهم إن كانوا قذفة حيّ فقد بطلَ موجبُه بالموت وإن كانوا قذفة ميت فهو مرجومٌ بقضاء القاضي فيورث شبهةً في إحصائه دائرةً للحدِّ عنهم ^(١).

ولنا ^(١): في تضمينهم وعدم قتلهم أنهم ليسوا مباشرين ولا (مسببين أما المباشرة) ^(٢) فظاهرة، وأما التسببُ فلأنَّ الحكمَ إنما يضافُ إلى السببِ إذا لم يمكن إضافته إلى العلة (بتخلل الواسط) ^(٣)، وقد تخللت ههنا وسائط من القضاء، ورجم الناس إياه باختيارهم، والقاضي لا يصلح آلة للشهود، وكذا الناس ليُجعل ما وجد منهم كالموجود من الشهود بخلاف المكره، فإنه يصلح آلة للمكره؛ ولأنَّ الظاهر أن المكره يختارُ نفسه على من أكره على قتله، فكان فعلُ المكره مفضيًا إلى (إهلاكٍ ظاهرٍ) ^(٤) أو كان سببًا له فيلزمه القصاصُ، وما قررناه من تخلل الواسطة يمنع إيجابَ المالِ أيضًا، إلَّا أنَّ القاضي ملجأ إلى القضاء شرعًا وإن كان مختارًا فيه حقيقة لمكان البينة، وكذا الناس فقلنا بعدم وجوبِ القتلِ مع إيجابِ المالِ عملاً بهما، فإن القتلَ لا يجب بدليل فيه شبهة، والمال قد يجب لكونه أقلَّ خطرًا من النفس ^(١).

ولنا: في إيجابِ الحدِّ أن شهادتهم أنقلبَت الآن قذفًا بالرجوع، وهذا لأنَّ هذه الشهادة قذفت في الأصلِ لأنه نسبة المشهودِ عليه إلى الزنا، وإنما يخرجُ عن كونها قذفًا لاتصال القضاء بها؛ لأنَّ الشهادة للإظهار،

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٠٧-٣٠٨، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٧٤، و«الهداية» ٢/٣٩٦، و«الاختيار» ٤/٣١٣-٣١٤.

(٢) في (ج): (ولا يتعلق بها المباشرة).

(٣) من (ب).

(٤) في (ب): (الهلاكُ ظاهرًا).

وقبل القضاء، وإن كان ظاهرًا عند القاضي /١٠٩/ لكنه ليس بظاهر عند الناس كافة.

ألا ترى أنه لا يجب عليهم إعانة المدعي قبل القضاء ولنا ذلك على أن كمال الإظهار عند اتصال الحكم بشهادتهم، فإذا (انفسخت) ^(١) الشهادة بالرجوع أنفسخ ما كان مبنياً عليها، وهو القضاء في حقهم فانقلبت بتلك الشهادة قذفاً في الحال للميت، وقد أنفسخ القضاء المورث للشبهة في حقهم بخلاف ما لو قذفه غيرهم حيث لا يُحد؛ لأنَّ المقذوف غير محصن في حق غير الشهود لقيام القضاء في حق غيرهم، لأنَّ أنفساخ الشهادة والقضاء بسبب رجوعهم مختص بهم، فلا يكون حجة على غيرهم ^(٢).

قال: (أو أحدهم قبل الإمضاء وحده وعمما).

قال أبو حنيفة ^(٣) وأبو يوسف ^(٣) رضي الله عنهما: إذا شهد أربعة بالزنا على رجل ف قضى القاضي بوجوب الحد (على المشهود عليه، ولم يحد القاضي) ^(٤) ثم رجع أحدهم قبل إقامة الحد حدوا جميعاً ^(٥).

وقال محمد ^(٣) رضي الله عنه حدّ الراجع وحده؛ لأنَّ الشهادة تأكدت بالقضاء فلم تنفسخ إلا في حق الراجع كما لو رجع بعد الإمضاء، وإنما يسقط الحدّ

(١) في (ب): (انقضت) وفي (ج): (انقسمت).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٠٧-٣٠٨، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٧٤، و«الهداية» ٢/٣٩٦، و«الاختيار» ٤/٣١٣-٣١٤.

(٣) «الهداية» ٢/٣٩٦، و«الاختيار» ٤/٣١٣-٣١٤، و«تبين الحقائق» ٣/١٩٣.

(٤) في (ب): (على المشهود عليه ولم يحد القاضي).

(٥) في (ب): (عند أبي حنيفة وأبي يوسف).

عن المشهود عليه للشبهة، ولهما أن الإمضاء في الحدود من القضاء؛ لأن القضاء هو الأحكام والتبليغ إلى درجة لا تقبل الزيادة، ومن قولهم: وعليها مسرودتان، قضاها داود وصنع السوابغ تبع أي: أحكم داود نسجهما، وإنما يبلغ حكم القاضي درجة لا يتصور الزيادة عليها بالإمضاء، فكان الرجوع قبل الإمضاء (ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه، وصار هذا كما لو أعتزضت أسباب مانعة عن الشهادة بعد القضاء قبل الإمضاء)^(١) في الشهود مثل الردة أو العمى؛ لأن القاضي لا يمكنه إقامة الحد إلا عند كمال الحجة، وإنما تعدم بالرجوع كما تعدم بردة أحدهما وعماه.

قال: (ولو شهدوا أنه زنى بعمرة وآخرون بأخرى فرجم ثم رجعوا ضمنوا ومنع من حدهم).

إذا شهد أربعة على رجل محصن أنه زنى بعمرة وأربعة رجال أنه زنى (بعزة)^(٢) فحكم بالحد ورجم ثم رجعوا جميعاً وضمنوا ديته، قال أبو حنيفة^(٣) وأبو يوسف^(٣) رحمهما الله: يحدون حد القذف.

وقال محمد^(٣): لا يحدون؛ لأن رجوع كل فريق لا يصح في حق الفريق الآخر في إيجاب حد القذف (عليهم)^(٤) لجواز كذب كل فريق في الرجوع؛ لأن كلا من الفريقين يثبت زنا غير ما يثبت الفريق الآخر ضرورة أن الزنا بعمرة غير الزنا بزینب، فيجعل كل فريق في حق الآخر

(١) من (ب، ج).

(٢) في (ب): (بغيرها).

(٣) «الهداية» ٣٩٦/٢، و«الاختيار» ٣١٣/٤-٣١٤، و«تبين الحقائق» ١٩٣/٣.

(٤) من (ب)، و(ج).

كأنهم ثابتون على الشهادة في حكم سقوط إحصانه، ألا ترى أن شهود الزنا لو رجعوا بعد الرجم وقد قذفه آخر غيرهم لم يجب الحدُّ عليه^(١)، وتجعل الشهادة قائمة في حقه، وهذا المعنى شبهة يدرأ بها الحدُّ عنهم ولا يسقط بها ضمان المحل؛ لأنه يؤدي إلى إهدار الدم، ولهما أن شهادة الفريقين عليه بما شهدا به كشهادتهما عليه بزنا واحد؛ لأنَّ المقصود من الشهادة إقامة الحدِّ، وإنما يقام حدُّ واحد، ألا ترى أن شهادتهما تنزلت منزلة الشهادة على زنا واحد في حكم الضمان حتى لو رجع من كلِّ فريق ثنان لم يجب الضمان لبقاء نصاب الشهادة ببقاء أربعة شهود، ولولا قيام الشهادتين مقام الشهادة بزنا واحد لضمنوا؛ لأنَّ الباقي من كلِّ فريق ليس بنصاب كامل، فلا تقوم به الحجة، وصار ذلك كثمانية (شهود)^(٢) شهدوا بزنا واحد فرجم، ثم رجعوا، فإنهم يحدون، ولأنَّ الشرع بإيجاب الضمان عليهم حكم في حقهم، بأنه محصن قتلوه ظلماً بسعيهم الباطل فتعذر أن لا يحدوا جميعاً، وقد أترفوا بعفته وقذفهم إياه.

قال: (ومنعناه لاختلافهم في مكانه كما يمنعهم فسقه).

إذا شهد أربعة على رجلٍ بالزنا، واختلفوا في مكان الزنا، فردت شهادتهم لا يحدون حدَّ القذف^(٣).

وقال زفر^(٣) رحمه الله: يحدون لما مرَّ أن الشهادة بالزنا قذف في الأصل، وإنما تخرج عن القذف باتصال القضاء بها، فإذا لم يتصل كانت قذفاً موجباً للحدِّ.

(١) في (ج): (عليهم). (٢) من (ج).

(٣) «المبسوط» ٦١/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧١/٣، و«فتح القدير» ٢٨٥/٥، و«تبيين

ولنا^(١): أَنَّ شرطَ وجوبِ حدِّ القذفِ أن لا تتوافق شهادةُ الأربعِ على زنا المقدوفِ؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] وقد فات بسبب توافقهم على أصل الزنا دون وصفه الذي لم يتم عليه نصابُ الشهادة فهو كاملٌ بالنسبة (إلى الأصل)^(٢) غير كاملٍ بالنسبة إلى الوصف، فأورث ذلك شبهةً دارئةً للحدِّ كما شهد أربعةٌ بالزنا وهم فاسق.

وقد نبّه في المتن بهذا القياس على التعليل مع بيان خلاف الشافعي رحمه الله^(٣) في المقيس عليه، فعنده أن مشهودَ الزنا إذا كانوا فسقةً يحدون حدَّ القذف؛ لأنهم رموه ولم يأتوا بأربعة شهداء؛ لأنه لا شهادة للفاسق عنده.

وعندنا^(١) لا يحدون؛ لأنَّ الفاسق من أهل التحمل والأداء وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق، ولهذا لو قضى القاضي بشهادته^(٤) نفذ عندنا فتثبت بشهادتهم شبهة الزنا فيسقط إحصانُ المشهودِ عليه وباعتبارِ قصورٍ في الأداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا / ١٠٩ب/ فيمتنع الحدان جميعاً.

(١) «المبسوط» ٦١/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧١/٣، و«فتح القدير» ٢٨٥/٥، و«تبيين الحقائق» ١٨٩/٣-١٩٠.

(٢) من (ج).

(٣) «الوجيز» ١٦٩/٢، و«روضة الطالبين» ٣١٦/٧.

(٤) في (ب): (بشهادتهم).

قال: (ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهوروا أو أحدهم عبداً فالضمان على المزكين إن تعمدوا، وقالوا: في بيت المال).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فزكاهم المزكون فرجم، ثم ظهر أن الشهود عبيد أو مجوس أو أحدهم عبداً أو مجوسي، فالدية على المزكين إن كانوا تعمدوا التزكية مع علمهم بحالهم، وإن قالوا حين ظهوروا عبيداً: أخطأنا في تزكيتهم فلا ضمان عليهم، وهذا الشرط من الزائد وهو الصحيح.

وقال^(١): الدية في بيت المال؛ لأنهم أثنوا على الشهود خيراً، فلا يضمنون كما لو أثنوا على المشهود عليه بأن شهدوا^(٢) بالإحصان ثم رجعوا، وله أن التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان؛ لأنه^(٣) شرط محض، وهذا لأن العلة عبارة عما له أثر في الحكم والشرط محض العلامة، والإحصان عبارة عن صفات جميلة وتلك صالحة للمنع من الزنا، ولا أثر لها في الإفضاء إليه، فكان شرطاً^(٤)، والتزكية لها أثر في رجحان جانب صدق الشهود، والبينة إنما تصير بينة لرجحان جانب الصدق فيها، والتزكية هي التي جعلت الشهادة علة، فكانت علة العلة، وههنا لم يضاف رجمه إلى فعل الناس؛ لأنه

(١) «المبسوط» ٦١/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧١/٣، و«الهداية» ٣٩٧/٢، و«البحر الرائق» ٢٥/٥.

(٢) في (أ): (شهدا). (٣) في (ب): (لأنهم).

(٤) «المبسوط» ٦٠-٥٩/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٤/٣، و«الهداية» ٣٩٧/٢، و«البحر الرائق» ٢٥/٥.

بأمر القاضي، ولا إلى القاضي، لأنَّه بأمر الشرع، ولا يضاف إلى الشهود بالإجماع لمكان ثناء هؤلاء عليهم فتعينت الإضافة إلى المزكين، وإنما شرط تعمد التزكية مع العلم بحالهم؛ لأنَّ هذا الضمان ضمانٌ تسبب، فيعتمد صفة التعدي فلا بدَّ من أعترافيهم به، وأما في الخطأ فلا ضمان عليهم إجماعاً؛ لأنهم نوابُّ القاضي^(١)، والقاضي إذا أخطأ لا ضمان عليه، فكذا نائبوه، أما عندنا^{(١)(٢)} فلأنهم لا يضمنون إذا تعمدوا التزكية، وفيما إذا أخطأوا أولى لأنهم بمنزلة شهود الشرط، فلا يضمنون بحال.

وأما عند أبي حنيفة رحمته الله^(١) فلأنَّ الضمان لإقرارهم بالتعمد في تزكية من ليس بمزكى وهو منتفٍ ههنا، وتجبُ الديةُ في بيت المال اتفاقاً ههنا؛ لأنَّ خطأ المزكين كخطأ القاضي، وخطؤه موجبٌ للضمان على من وقع قضاؤه له وهم العامة فيجب في مالهم وهو بيتُ المال.

قال: (ولو رجع المزكون عزروا وعليهم الضمان).

قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم ثم رجع المزكون عن التزكية يعزرون وتجب عليهم الدية، وسياق الكلام دلٌّ على أنَّ رجوع المزكين بعد رجم المشهود عليه فلم يحتج إلى التقييد به.

وقال^(١): يعزرون ولا يجبُ عليهم ضمانه؛ لأنهم بمنزلة شهود الشرط، وله أنهم بمنزلة علة العلة، هذا أيضاً لو قالوا: تعمدنا التزكية

(١) «المبسوط» ٥٩/٩-٦٠، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٤/٣، و«الهداية» ٣٩٧/٢،

و«البحر الرائق» ٢٥/٥.

(٢) في (ج): (عندهم).

مع علمنا بحالهم كما مرّ، والأصحّ أن الدية ههنا لا تجب في بيت المال، بخلاف ما إذا ظهر أحد الشهود عبداً أو كافراً لأننا تيقناً بخطأ القاضي في قضائه حيث بني على شهادة المجوسي أو العبد، فكان الضمان واجباً على من له القضاء، وههنا لم يتيقن^(١) بذلك لجواز كذبهم في الرجوع^(٢).

قال: (ولو شهدوا به فشهد آخرون به على الشهود فالحد غير واجب مطلقاً، وقالوا: حد الأولون).

رجل شهد عليه أربعة رجال أنه زنا بامرأة، ثم شهد أربعة آخرون على الشهود أنهم هم الزناة بها، لم يحد المشهود عليه ولا أحد من الشهود عند أبي حنيفة رحمته الله^(٣).

وقالوا^(٣): لا يحد المشهود عليه. ويحد الشهود الأولون؛ لأنهم مجروحون بسبب شهادة الآخرين العدول عليهم بالزنا، فسقط عن المشهود عليه بمكان الشبهة، ووجب الحد على الشهود؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

وله أن المانع قائم في حق الشهود من إقامة الحد عليهم وهو الشبهة؛ فإن الشهود الآخرين أثبتوا أن الزنا الذي شهد به الأولون هو الذي تحقق من الشهود لا من المشهود عليه، والزنا المنسوب إلى المشهود عليه ثابت من وجه؛ لأن شهوده وإن كانوا فسقة إلا أن شهادتهم شهادة والقضاء بها نافذ،

(١) في (ب): (يقضي)، وفي (ج): (يتعين).

(٢) «المبسوط» ٥٩/٩-٦٠، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٤/٣، و«الهداية» ٣٩٧/٢، و«البحر الرائق» ٢٥/٥.

(٣) «المبسوط» ٦٦/٩، و«تبيين الحقائق» ١٩١/٣.

وإذا ثبت من المشهود عليه من وجه أنتفى تحققه من الشهود من وجه، فتثبت الشبهة المانعة من الحد في حقهم^(١)، كما يثبت في حق المشهود عليه.

قال: (وشهادتهم به مع اختلافهم في طوعها مردودة، وقالوا: يحد الرجل).

رجلان شهدا على زيد بأنه زنى بعمرة وهي مستكرهة، وآخران شهدا عليه بأنه زنى بها وهي طائعة.

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٢): لا يحد أحد.

وقال^(٢): يحد الرجل؛ لاجتماع شهادة الأربع عليه بأنه زان طائع في زناه فيحد دونها، وله أن الشهادة مختلة^(٣) في حقه، فإن الزنا بها وهي طائعة غير الزنا بها وهي مستكرهة، ولم يتم نصاب الشهادة على أحدهما، فلم يثبت واحد منهما ولم يثبت القدر المشترك أيضاً؛ لاستحالة وجوده شخصاً إلا في أحد هذين ضمناً فلم يثبت زناه أصلاً، ولا يقال: / ١١٠ / يوجب أن يحد الشهود؛ لأنهم قذفة، لأن كل اثنين قذفاه (بنوع؛ لأنا نقول: فات)^(٤) شرط وجوده وهو عدم الإتيان بأربعة شهود. وهؤلاء توافقوا على تحقق مسمى الزنا منه فقامت (الشبهة الدارئة للحد عنهم بتوافقهم)^(٤) على وجوده صورة، (ولا يثبت وجوده حقيقة؛ لأن تحققه يستلزم تحقق أحد هذين النوعين ولم يتم على كل واحد منهم

(١) «المبسوط» ٦٦/٩، و«تبيين الحقائق» ١٩١/٣.

(٢) «المبسوط» ٦٧/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧١/٣، و«الهداية» ٣٩٤/٢.

(٣) في (ب، ج): (مختلفة).

(٤) غير واضح بالأصل، والمثبت من (ب، ج).

نصابُ الشهادة^(١) فلم يثبت واحدٌ منهما ولا القدر المشترك بينهما؛ لاستحالة ثبوته في الخارج لا في ضمن أحدهما.

قال: (فإقراره به مع إنكارها غير موجب).

إذا أقرَّ الرجلُ أنه زنا بهذه أربع مرَّاتٍ في أربع مجالس من مجالس المقرِّ فقالت: ما زنا بي لم يُحد عند أبي حنيفة^(٢) رَحِمَهُ اللهُ.

وقال^(٣): يجبُ الحدُّ عليه دونها؛ لأنَّ إقراره معتبرٌ في حقِّ نفسه، وإنكارها معتبرٌ في حقِّ نفسها، وعدم وجوبه عليها لا يورث شبهةً في حقِّه كما (لو)^(٤) أقرَّ بالزنا بغائبةٍ وكما لو قالت الحاضرة: أستكرهني. وكما لو صدقته بخلاف ما لو قالت: تزوجني^{(٥)(٦)} حيث لا يُحدُّ؛ لأنَّ النكاح إذا تحقق وجدَّ من الجانبين وكذا شبهته، وإخبارها بوجوده دليلٌ على وجوده وإن تخلف المدلول^(٧) فقد أورث شبهةً، وههنا هي منكرةٌ للزنا فيثبت دليلٌ عدمه، والعدم لا يورث شبهةً. وله أنها لما أنكرت لم تثبت محلية الزنا، ووجود الفعل في غير محله باطلٌ فأورث

(١) ساقطة من (ج).

(٢) «المبسوط» ٦٧/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧١/٣، و«الهداية» ٣٩٤/٢.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٩٧/٣، و«المبسوط» ٩٨-٩٩/٩، و«تبيين الحقائق» ١٨٥/٣، و«درر الحكام» ٦٧/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٩٦/١، و«حاشية ابن عابدين» ٢٩/٤.

(٤) من (ب).

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٩٧/٣، و«المبسوط» ٩٨-٩٩/٩، و«الهداية» ٣٩٥/٢، و«تبيين الحقائق» ١٨٥/٣، و«درر الحكام» ٦٧/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٩٦/١، و«حاشية ابن عابدين» ٢٩/٤.

(٦) في (ب): (زوجي).

(٧) في (ب): (المولي).

أنتفاء المحلية شبهة في حقه بخلاف مالو قال: سرقْتُ أنا وفلان. فأنكر فلان؛ لبقاء محلية السرقة في حق المقر^(١) وهو المال وبخلاف ما أستهذا به.

أما الغائبة فإنَّ الثابت شبهة الشبهة لجواز الإنكار والاعتراف، وههنا الشبهة قائمة والمعتبر في الحدود الشبهة لاشبهها. وأما قولها: أستهزني ففيه تصديق وزيادة نسبة كل الفعل. وأما تصديقها فلانتفاء الشبهة في حقه بعد إقراره أربع مرات وثبوتها في حقها^(٢) حيث لم يقر أربعاً، ولو أقرت هي أربع مرات بأن فلاناً زنا بها فأنكر فالخلاف هذا على هذا لا يحدان عنده، وتحذ المرأة عندهما^(٣).

قال: (ولا نحدّها إذا أطاعت^(٤) صبيّاً أو مجنوناً).

العاقلة البالغة إذا أطاعت^(٤) صبيّاً مراهقاً أو مجنوناً في الوطء الخالي عن الملك وشبهته لا يجب عليها^(٥) الحد^(٦).

وقال الشافعي رحمه الله: يجب^(٧)؛ لأنّ الزنا الموجب للحدّ وجد منها بالتمكين من الوطء الخالي عن الملك وشبهته فلزمها الحدّ، كما

(١) في (ب): (المقدر). (٢) في (ج): (حقه).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٩٧/٣، و«المبسوط» ٩٨/٩-٩٩، و«الهداية» ٣٩٥/٢، و«تبيين الحقائق» ١٨٥/٣، و«درر الحكام» ٦٧/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٩٦/١، و«حاشية ابن عابدين» ٢٩/٤.

(٤) في (ب): (طاوعت).

(٥) في (ب): (عليهما).

(٦) «المبسوط» ٥٤/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٨/٣، و«الهداية» ٣٩١/٢، و«الاختيار» ٣٢٧-٢٣٨/٤.

(٧) «المهذب» ١٦٩/٢، و«الوجيز» ١٦٩/٢، و«روضة الطالبين» ٣١٢/٧.

لو أطاعت^(١) بالغاً عاقلاً وكالرجل يزني بصبية مراهقة أو مجنونة. ولنا أن الزنا حقيقة هو فعله^(٢) وزناها تمكينها الحرام من الوطء الحرام الذي هو الزنا ولم يوجد منها؛ لأن التمكين الحرام وإن وجد لكن من الوطء الحرام لم يوجد؛ لعدم اتصاف فعل الصبي والمجنون بالحرمة، بخلاف ما إذا أطاعت^(١) بالغاً عاقلاً لقيام الموجب للحد منها، وبخلاف وطء الرجل صغيرة أو مجنونة؛ لوجود الزنا منه حقيقة^(٢).

قال: (ولا إذا زنا في دار الحرب ثم خرج إلينا).

إذا زنا في دار الحرب أو دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد^(٣). وعند الشافعي رحمته الله^(٤): يقام عليه الحد، وقد أفهم الخلاف في المسألة بعطفها على سابقتها، والخلاف من الزوائد منقول من «الهداية»^(٥).

له: أنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان^(٦).

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم^(٧): «لا تقام الحدود في دار الحرب»^(٧)؛ (ولأن فائدة إقامة الحد حصول الأنزجار، وولاية الإمام عن دار الحرب)^(٨) منقطعة،

(١) في (ب): (طاوعت).

(٢) «المبسوط» ٥٤/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٨/٣، و«الهداية» ٣٩١/٢، و«الاختيار» ٣٢٧-٢٣٨/٤.

(٣) «المبسوط» ٩٩-١٠٠/٩، و«الهداية» ٣٩٠/٢، و«الاختيار» ٣٢٧/٤.

(٤) «الوجيز» ١٦٩/٢، و«المهذب» ٣١٢/٧.

(٥) «الهداية» ٣٩٠/٢.

(٦) «تبیین الحقائق» ١٨٢/٣، و«درر الحکام» ٦٦/٢، و«مجمع الأنهر» ٥٩٥/١.

(٧) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/٣٤٣: غريب، وقال الحافظ في «الدراية» ١٠٤/٢ (٦٦٩): لم أجده.

(٨) ساقط من (ب).

فيعرى الوجوب عن إفادة ما شرع له، وإذا سقط الوجوب عنه في دار الحرب لم يقم عليه في دار الإسلام؛ لأن الزنا لم ينعقد في دار الحرب موجباً فلم ينقلب (بالانتقال)^(١) منها موجباً^(٢).

قال: (ويحكم بحدّ المستأمن إلّا في الخمر وعكسائه إلّا في حدّ)^(٣) القذف).

قال أبو حنيفة^(٢) ومحمد^(٢) رحمهما الله: لا يقام شيء من الحدود على الحربيّ المستأمن والمستأمنة إلّا في حدّ القذف.

وقال أبو يوسف رحمّه الله^(٢): تقام عليه جميع الحدود إلّا حدّ شرب الخمر؛ لأنّ المستأمن ملتزم لأحكامنا ما دام في دارنا، وحدّ الزنا من أحكام الإسلام وهو^(٤) يعتد حرمة فيقام عليه كحدّ القذف؛ لاعتقاده حرمة بخلاف حدّ الشرب؛ لعدم اعتقاده حرمة، وصار كالذميّ في استثناء (هذا)^(٣) الحدّ.

ولهما: أن المستأمن لم يدخل دارنا ملتزماً لأحكامنا بل لقضاء حوائجه مع العود إلى داره، فلا تقام عليه أحكام الإسلام؛ لعدم الالتزام^(٢)، وإنما يقام حدّ القذف؛ لأنه التزم أن لا يؤذي أحداً من أهل دارنا فإذا / ١١٠ ب/ (قذف مسلماً فقد آذاه فيترتب عليه مقتضاه)^(٥) بخلاف الذميّ؛ لالتزامه أحكام الإسلام إلّا ما استثنى في عهدهم^(٢).

(١) في (ب)، و(ج): (بالانقلاب).

(٢) «المبسوط» ٥٧/٩، و«الهداية» ٣٩١/٢، و«تبين الحقائق» ١٨٢/٣-١٨٣.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب): (فلا).

(٥) غير واضح في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

قال: (ولو زنا مسلم بمستأمنة يحدّهما وخصّاه به).

(إذا زنا)^(١) مسلم أو ذميّ بامرأة مستأمنة قال أبو حنيفة^(٢) ومحمد^(٣) رحمهما الله: يحدّ المؤمن والذمي خاصة.

وقال أبو يوسف رحمّه الله^(٣): يحدان جميعاً. والحجة ما تقدّم.

قال: (أو مستأمنٌ بمسلمة يحدّهما والإمام يخصّها به، ومنعه).

قال أبو حنيفة^(٣) ومحمد^(٣) رحمهما الله: إذا زنا مستأمنٌ بمسلمة أو بذميّة لا يحدّ المستأمن خلافاً لأبي يوسف رحمّه الله^(٣) لما تقدم، وهل تحدّ المسلمة أو الذميّة؟

قال أبو حنيفة رحمّه الله^(٣): وهو المراد بـ(الإمام) في المتن وفيه تورية بالإمام الذي يقيم الحدّ (يجب)^(٤) عليها خاصة.

وقال محمد رحمّه الله^(٣): لا تحدّ المسلمة أيضاً؛ لأن فعل الرجل في الزنا أصلٌ وهي تبعٌ، فإذا لم يجب الحدّ على من فعله أصل فبالأولى أن يمتنع^(٥) على من هو تابعٌ، وصار كتمكينها من صبيٍّ أو مجنونٍ. وله أن ما وجد منها حقيقة الزنا؛ لأنّه منها التمكين بالحرام من الوطء الحرام. وزنا المستأمن حرامٌ؛ لأنه محرمٌ الأديان بخلاف التمكين من الصبي والمجنون فإن فعلهما لا يُوصف بالحرمة^(٣).

(١) غير واضح بالأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) «المبسوط» ٥٧/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٩/٣، و«الهداية» ٣٩٠/٢.

(٣) «المبسوط» ٥٥/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٩/٣، و«تبين الحقائق» ١٨٢/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٢٥/٤.

(٤) من (ب). (٥) في (ب): (ألا يجب).

قال: (ولا يجب على واطئ جارية ولده وإن سفل مع العلم بالحرمة ونفيناه عنه في جارية أصوله مع ظنّ الحل كجارية زوجته وسيدته ومعتدته عن ثلاث، ويجب للعلم بالحرمة، وفي جارية الأخ والعَمّ مطلقاً).

الأصل في هذا قوله ﷺ: « ادرؤوا الحدود بالشبهات ما أستطعتم »^(١)، وهذان نوعان من الشبهة، الأولى: الشبهة في الفعل وهي شبهة الاشتباه، والآخرى: شبهة في المحل وهي الشبهة الحكمية، وشبهة الاشتباه لا بدّ فيها من الظنّ؛ لأن معناه أن يظنّ غير الدليل دليلاً^(٢)، والشبهة الحكمية لا تتوقف على الظنّ؛ لأنها تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، والنسبُ يثبت مع هذه الشبهة عند الدعوى؛ لعدم تمحّضه زناً لقيام الدليل النافي للحرمة، ولا يثبت مع شبهة الاشتباه لتمحّضه زناً، وإن سقط الحدّ لأمرٍ راجع إليه وهو اشتباه الحال عليه^(٣).

وأما شبهة الاشتباه فهو أن يطاء جارية أبيه أو أمّه أو زوجته، أو يطاء معتدته عن طلاق ثلاث أو بائناً بالطلاق على مالٍ في العدة، أو يطاء أمّ ولدٍ أعتقها مولاها وهي في العدة، أو يطاء العبد جارية سيده، أو المرتهن الجارية المرهونة في إحدى الروايتين، وهو الأصحّ، ففي هذه المواضع إذا

(١) قال الحافظ في «الدراية» ١٠١/٢: لم أجده مرفوعاً، ثم عزاه موقوفاً لابن أبي شيبه، وانظر «المصنف» ٥٠٧/٥ وعزاه ابن الملقن في «البدر المنير» ٦١١/٨ لأبي مسلم الكجي، عن عمر بن عبد العزيز مرسلاً، ورواه الترمذي (١٤٢٤) من حديث عائشة بلفظ: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما أستطعتم».

(٢) «المبسوط» ٥٣/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٣/٣، و«الهداية» ٣٨٧-٣٨٨/٢.

(٣) «المبسوط» ٨٩-٨٨/٩، و«الهداية» ٣٨٨/٢، و«تبين الحقائق» ١٨٧/٣، و«حاشية

قال: ظننتُ حلَّ مَنْ وطئتهُ لا يحدُّ. وإن قال: علمتُ الحرمة، يجب الحدُّ؛ لأنه ظنٌّ أن الفعلَ مباحٌ له كما يباحُّ له الانتفاعُ بماله، أو له نوعٌ حقٌّ في الحلِّ ببقاء العدة فظنُّ أن ذلك مما يبيحُ وطأها، فكان ظنُّه مستندًا إلى دليلٍ فكان شبهةً في درء الحدِّ، إذ الشبهةُ عبارةٌ عن قيام الدليل مع تخلف المدلول أو ما يشبه الثابت لا عين الثابت، فهنا إذا ظنَّ المحلُّ فقد ظنَّ غيرَ الدليلِ دليلًا فاعتبرَ ظنُّه شبهةً، وإذا لم يدعِ ظنُّ الحلِّ وقال: علمتُ الحرمة. أُنفتِ الشبهةُ^(١).

وأما الشبهةُ في المحلِّ فهو أن يطأ جاريةَ ابنه أو مطلقته البائن بالكناية أو يطأ البائع الجارية المبيعة قبل التسليم، أو يطأ الزوج الجارية الممهوراً قبل القبض، أو يطأ الشريك الجارية المشتركة، والمرتهن الجارية المرهونة في إحدى الروايتين، وهي رواية كتاب الرهن. ففي هذه المواضع لا يجب الحدُّ مع العلم (بقيام الحرمة)^(٢)؛ لقيام الشبهة في المحلِّ سواء علم أو لم يعلم. أما في جارية الولد فلقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(٣).

وأما البائن بالكناية فلموضع الاختلاف في الكنايات. وأما الجارية (المبيعة)^(٤) والممهور؛ فلبقاء ملك اليد فيهما، وأما المشتركة فلقيام حقيقة الملك في البعض. وأما المرهونة فلقيام يد الاستيفاء فكان (الوطء)^(٥) واقعاً في (المحلِّ)^(٦). معنى قوله في

(١) «المبسوط» ٥٣/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٣/٣، و«الهداية» ٣٨٧/٢-٣٨٨.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) رواه ابن ماجه (٢٢٩١) من حديث جابر بن عبد الله، وله شواهد أخرى فانظرها في «نصب الراية» ٣٣٧/٣، و«الإرواء» (٨٣٨).

(٤) في (ج): (المستعارة). (٥) في (ب): (الواطئ).

(٦) في (ب): (الحمل).

الكتاب: (ولا يجب على واطئ جارية ولده وإن سفل مع العلم بالحرمة)
فرع من فروع الشبهة في المحل.

وقوله: (ونفيناه عنه).

أي: نفينا الحد عن واطئ جارية أصوله - أي: أبيه وجدته وجدته - وإن
علا، أو أمه وجدته ففرع من فروع شبهة الاشتباه عندنا^(١)؛ ولذلك اعتبر فيه
الظن، فإن قال: ظننت الحل لم يحد لقيام الشبهة، وإن قال: علمت
الحرمة. حد لا انتفاء للشبهة، وفي هذه المسألة خلاف زفر رحمته الله^(٢) فإنه
يقول: يحد مطلقاً لقيام المقتضي وهو الوطء في المحل الخالي عن
الملك وشبهته ولا اعتبار بتأويله الفاسد في إسقاط ما وجب بوطئه، كما
لو وطئ أمة أخيه أو عمه، وقال: ظننت الحل. ولنا أن المقتضي
عارضه / ١١١ / المانع وهو دعوى الاشتباه في موضعه؛ لأن بين الأصول
والفروع أنبساطاً، فإن الولد ينتفع بمال الوالدين كما ينتفعان بماله،
فجاز أن ينشأ ظنه في جواز (الاستمتاع)^(٣) بجاريتهما من جواز الأنسباط
في الانتفاع بسائر أموالهما، فكانت الشبهة في موضع الاشتباه،
فانتقضت دائرة للحد بخلاف جارية الأخ والعم؛ لتباينهما في اليد
والملك والانتفاع، ألا ترى أن شهادة أحدهما للآخر مقبولة وفي الأول
لا تقبل، فكانت جاريتهما ملحقة بجارية الأجنبي، فلم يكن الاشتباه في
موضعه.

وقاس في المتن هذه الصورة على جارية الزوجة وجارية السيد في حق
العبد تنبيهاً على الحكم فيها، والمعتدة من الزوائد، وأما جارية الأخ والعم

(١) «المبسوط» ٥٣/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٣/٣، و«الهداية» ٣٨٧-٣٨٨.

(٢) في (ج): (الاستبضاع).

فوطؤها موجبٌ للحدِّ مطلقًا سواء قال: علمتُ الحرمةَ أو ظننتُ الحلَّ؛ لما بينا^(١).

قال: (ولا حد) ^(٢) في وطءٍ من زفتٍ إليه غيرُ امرأته وأخبر أنها امرأته ويجب المهر).

بذلك قضى عمر رضي الله عنه، ولأنه اعتمد دليلًا في موضع الاشتباه وهو إخبارُ النساءِ أنها زوجته؛ لأنَّ الإنسانَ لا يفرقُ أولَ وهلةٍ بين زوجته وغيرها إلَّا بالإخبار، فصار كالمغرور ولا يحدُّ قاذفه؛ لعدم الملك حقيقة^(٣).

قال: (ولو وجد امرأةً على فراشه فوطئها حدٌّ).

لعدم الاشتباه مع طول الصحبة، فلم يكن هذا الظنُّ مستندًا إلى دليل فلغا، وكذا (الحكم)^(٤) إذا كان أعمى لإمكان التمييز بالسؤال، إلَّا أن يناديها فتجيبه غيرها وتقول: أنا زوجتك؛ لأنه اعتمد على الإخبار وهو دليلٌ في حقه^(٥).

(١) «المبسوط» ٨٨-٨٩/٩، و«الهداية» ٣٨٨/٢، و«تبين الحقائق» ١٧٨/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٢٤-٢٥/٤.

(٢) من (ب).

(٣) «المبسوط» ٥٧/٩، و«الهداية» ٣٨٩/٢، و«الاختيار» ٣٢٧/٤، و«تبين الحقائق» ١٧٩/٣.

(٤) من (ب).

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٩٦/٣، و«المبسوط» ٨٥/٩، و«الهداية» ٣٨٩/٢، و«تبين الحقائق» ١٧٩/٣.

قال: (وواطئ مَحْرَمِهِ بعد العقد والعلم والمستأجرة للزنا
واللائط، ومن أتى امرأة في الموضع المكروه
يعزرون. وقالوا: يحدون).

هذه أربع مسائل:

الأولى: قال أبو حنيفة رحمته الله^(١): إذا تزوج من لا يحلُّ له نكاحها من
محارمه كأخته وهو عالمٌ بأنها أخته فوطئها بعد العقد عليها يوجعُ ضرباً
وعقوبةً ولا حدَّ عليه^(٢).

وقالوا^(٢): عليه الحدُّ؛ لبطلان هذا العقد لمصادفته غير محلٍّ، فإن
المحارم قد أخرجنا شرعاً عن محلية النكاح لاستلزام المحلِّ تصور قبول
الحلِّ، ولا قبول في المحارم فلا محلية، فجرى وجود هذا (العقد)^(٣)
مجرى عدمه، فلم يفد شبهةً؛ إذ الشبهةُ ثبتت في محلٍّ تتصور الحقيقةُ
فيه؛ لأنها عبارة عما يثبت من وجه دون وجه، ولا تصور للحقيقة في
المحلِّ مطلقاً فلا شبهة، فكان وطئاً في محلٍّ خالٍ عن الحلِّ و(عن)^(٤)
شبهته، فأوجب الحدَّ كمن وطئ أخته من الرضاع بملك اليمين.

وله^(٢): أن محليتهن للنكاح ثابتٌ باعتبار ما هو المقصودُ الأصليُّ من
شرع النكاح وهو التناسل والتوالد؛ ولهذا ثبت محليتهن في حقِّ الأجانب،

(١) «الهداية» ٣/٣٨٩، و«الاختيار» ٤/٣٢٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/٢٤،
و«اللباب» ٣/١٩١.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٩٦، و«المبسوط» ٩/٨٥، و«الهداية» ٢/٣٨٩،
و«تبيين الحقائق» ٣/١٧٩.

(٣) في (ب): (القيد).

(٤) من (ب).

وإنما لم يكن محلاً لنكاحه لمعنى أقتضى ذلك فتثبت حقيقة المحلية، حيث يترتب على تلك الصلاحية موجبها، (وتثبت شبهتها حيث لا يترتب عليها موجبها)^(١)؛ لأن الدليل إذا تخلف عنه مدلوله يثبت شبهة المدلول، كمن زفت إليه غير امرأته وقلن النساء: إنها زوجتك. فوطئها، فإنه لا حدّ عليه؛ لأن قولهن دليل النكاح الذي هو سبب الحل، وكونها غير امرأته عارض (هذا الدليل، فامتنع ثبوت مدلوله وثبتت شبهة (السببية)^(٢) الدارئة للحدّ، فكذا إذا عارض)^(٣) دليل المحلية معارض فامتنعت حقيقة المحلية تثبت شبهتها، فتزلت إضافة حقيقة الركن إلى المحل شبهة منزلة إضافة شبهة الركن إلى المحل حقيقة، فيورث ذلك شبهة في الحكم؛ إذ الحكم كما يستحيل ثبوته بدون (قيام المحل يستحيل بدون)^(٣) قيام السبب، وتخلف المدلول في السبب أورث شبهة، فكذلك تخلف المدلول في المحل يورث شبهة. والصحيح من قول أبي حنيفة رحمته الله^(٤) فيما إذا اشترى أخته من الرضاع ووطئها عدم وجوب الحد كما لو وطئ أمته المجوسية، وإنما وجب التعزير؛ لأنه قد ارتكب جريمة ليس فيها شيء مقدّر فيعزّر.

والمسألة الثانية: إذا أستاذجراً امرأة ليزني بها وزنا بها يعزّر ولا حدّ عليه^(٥).

(١) ساقطة من (ب).

(٢) في (ج): (الشبهة).

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٩٦/٣، و«المبسوط» ٨٥/٩، و«الهداية» ٣٨٩/٢.

(٥) «المبسوط» ٥٨/٩، و«فتاوى قاضى خان» ٤٦٨/٣، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٩٦،

و«الاختيار» ٣٢٤-٣٢٥/٤، و«البحر الرائق» ١٩-٢٠/٥.

وقالاً^(١) والشافعي^(٢) رحمهم الله: يحدُّ؛ لأنه واطئ في محلٍّ لا حلَّ له فيه ولا شبهة الحلِّ، أما الحلُّ فظاهرٌ وأما شبهته فلأنها تثبت في محلِّ الحقيقة عند تخلف الحقيقة عن سببها، والمعقود عليه ههنا ليس بمحلِّ الإجارة، إذ المحلية إنما تثبت بالشرع؛ لأنَّ الإجارة عقدٌ على المنافع بعوضٍ، والمستوفى ههنا بالوطء في معنى جزء العين، ألا ترى أن التأييد شرطٌ في النكاح كبيع العين؛ ومحلُّ الإجارة في الشرع محض المنفعة؛ ولهذا كان التوقيت من شرطها، فإذا أنتفت المحلية أنتفى ثبوت حكمها في المعقود (عليها)^(٣) فلم يتصور ثبوت (حلِّ المحلية بالإجارة، فلا تثبت الشبهة؛ لاستلزام ثبوتها تصور ثبوت)^(٤) الحقيقة فصار كالوطء قبل الإجارة وله أن المستوفى بالوطء منفعة حقيقة / ١١١ب/ إلا أن الشرع أقامه مقام جزء من العين إبانة لخطر البضع وشرف الآدمية، فاعتبار الحقيقة يقتضى قيام المحلِّ، فإذا تخلف المدلول عنه أورت شبهة دارئة للحدِّ؛ ولهذا أطلق في الشرع اسم (الأجور)^(٥) على المهور كما نطق به التنزيل، وقد روي أن امرأةً أستاذت راعياً لبناً فأبى أن يسقيها حتى تمكنه من نفسها، ففعلت ثم رفع الأمر إلى عمر رضي الله عنه فدرأ عنها الحدَّ، وقال: ذلك مهرها وصار كالمتعة^(٦).

(١) «المبسوط» ٥٨/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٨/٣، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٩٦، و«الاختيار» ٣٢٤-٣٢٥/٤، و«البحر الرائق» ١٩-٢٠/٥.

(٢) «الوجيز» ١٦٩/٢، و«المهذب» ٢٦٩/٢، و«روضة الطالبين» ٣١٢/٧.

(٣) في (ب، ج): (عليه). (٤) من (ج).

(٥) في (ب): (الأجرة).

(٦) «المبسوط» ٥٨/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٨/٣، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٩٦، و«الاختيار» ٣٢٤-٣٢٥/٤، و«البحر الرائق» ١٩-٢٠/٥.

المسألة الثالثة: اللائط يعزُر، وزاد في «الجامع الصغير»^(١): ويودُع في السجن.

وقال^(٢): يحدُّ حدَّ الزنا وهو (أحدُ قولي)^(٣) الشافعي^(٤)، وفي قوله الآخر: يقتلان بكلِّ حال؛ لقوله ﷺ: «اقتلوا الفاعلَ والمفعولَ به»^(٥)، وروي: «فارجموا الأعلى والأسفل»^(٦).

ولهما: أن اللواطَ ملحقةٌ بالزنا لاشتراكهما في المعنى الداعي إليه من حيث كون المحلِّ مشتهى، ووقوع الفعل فيه جنايةً كاملةً فوجب الإلحاق بإيجاب الحدِّ إعدامًا أو تقليلاً. وله أنها قاصرةٌ عن الزنا في المعنى الداعي إلى شرعية الحدِّ فيه فامتنع الإلحاق، وهذا لأن غلبة وجود الزنا باعتبار ميل الطبع (من الجانبين دعت إلى شرعية الحدِّ إعدامًا للزنا أو تقليلاً له، ولم يوجد هذا المعنى في اللواط؛ لدعاء الطبع)^(٧) من الفاعل دون المفعول به عند سلامة الطبع، وباعتبار آخر وهو أن الزنا إفسادُ النسل وتضييعه وإفسادُ (فراش)^(٨) الناس، فكان تعجيل العقوبة لإعدام هذه المفسدة أو تقليلها، وليس في اللواطِ شيءٌ من هذه المعاني فامتنع الإلحاق، ووجب التوسُّل إلى الإعدام بالتعزير والحبس.

(١) «الجامع الصغير» ص ٢٨٢.

(٢) «المبسوط» ٧٧/٩، و«الهداية» ٣٨٩/٢-٣٩٠، و«الاختيار» ٣٢٥-٣٢٦/٤، و«اللباب» ١٩١-١٩٢/٣.

(٣) في (ج): (قول).

(٤) «المهذب» ٢٦٩/٢، و«الوجيز» ١٦٨/٢، و«روضة الطالبين» ٣٠٩/٧.

(٥) رواه أبو داود (٤٤٦٢)، الترمذي (١٤٥٦)، ابن ماجه (٢٥٦١)، أحمد ٣٠٠/١، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٣٥٠)، من حديث ابن عباس.

(٦) رواه ابن ماجه (٢٥٦٢)، وحسنه الألباني في «الإرواء» (١٧) من حديث أبي هريرة.

(٧) ساقطة من (ج). (٨) من (ب، ج).

وقد اختلف الصحابة في ذلك، فعن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنهما يحرقان بالنار. وعن علي رضي الله عنه: يحدان حد الزنا. وعن بعضهم: يحسان في أنتن موضع حتى يموتا. وعن بعضهم يهدم عليهما جدار. وعن ابن عباس رضي الله عنه: ينكسان من مكان مرتفع. وفوض أبو حنيفة رحمته الله ^(١) التعزير إلى رأي الإمام العالم العادل، وما (رواه) ^(٢) محمول على السياسة أو على الاستحلال.

المسألة الرابعة: إذا أتى امرأة في الموضع المكروه فحكمه حكم اللائط، والاختلاف واحد، والتعليل من الجانبين قد مر ^(٣).

قال: (ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج أو أتى بهيمة عزر).

أما الأول فلأنه أمر منكر وليس فيه حد مقدر فيجب أن يعزر، وأما الثاني فلأنه ليس في معنى الزنا، لنفرة الطبع السليم عنه فلا يكون جناية كاملة، فإن الحامل عليه إما شدة الشبق أو (فرط) ^(٤) السفه فلم يجب الحد لكنه يعزر لما بينا. وما يروى أن البهيمة تذبح وتحرق فليس بواجب، وإنما يؤمر به لينقطع (التحدث به) ^(٥) ^(٦).

(١) «المبسوط» ٧٧/٩، و«الهداية» ٣٨٩/٢-٣٩٠، و«الاختيار» ٣٢٥-٣٢٦/٤، و«اللباب» ١٩١-١٩٢/٣.

(٢) في (ج): (رواه).

(٣) «فتاوى قاضيخان» ٤٦٩/٣، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٩٣، و«فتح القدير» ٢٦٢-٢٦٣/٥، و«الاختيار» ٣٢٥-٣٢٦/٤.

(٤) في (أ): (قوة).

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٣٠٤/٣، و«المبسوط» ١٠٢/٩، و«فتح القدير» ٢٦٣-٢٦٥/٥، و«الاختيار» ٣٢٧/٤، و«تبين الحقائق» ١٨٠-١٨١/٣.

(٦) في (أ): (الحديث فيه).

قال: (أو صغيرة مُشتهاة لشبهة أو كبيرة مستكرهة فأفضاها فوجبت الدية فأوجب العقر أيضاً).

قال أبو حنيفة^(١) وأبو يوسف^(١) رحمهما الله: إذا وطئ صغيرة تُشتهى بشبهة أو كبيرة غير مطاوعة بشبهة فأفضاها -أي: جعلها مفضاة لا تَستمسك البول- ووجب بذلك الدية؛ لتفويت هذه المنفعة، فإنه لا يجبُ (به)^(٢) العقر.

وقال محمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(١): تجبُ واحترز^(٣) بالإكراه في الكبيرة عما إذا طاعته فأفضاها، فإنه لا يجبُ عليه شيءٌ، ولو طاعَت الصغيرة يضمن كلَّ الدية بالإفضاء إن لم تَستمسك (البول، وثلاثها إن أستمسكت)^(٤) لأنَّ رضاها غيرُ معتبرٍ، (واحترز)^(٤) بالمشتهاة في الصغيرة عما إذا كانت صغيرة لا تُشتهى، فإن الحكمَ فيها بدون دعوى شبهة كالحكم في الصغيرة المشتهاة بدعوى الشبهة، وهذه القيودُ زوائد. له أنَّ الحدَّ يجبُ عند عدم الشبهة وكمالُ الدية بالإفضاء؛ لأنَّ وجوبَ أحدهما لا يمنع من وجوبِ الآخرِ لاختلاف السببِ فإذا سقط الحدُّ بالشبهة وجب العقرُ بالوطء الحرام؛ لأنَّ الوطء الحرامَ موجبٌ للعقوبة^(٥) أو الغرامة، وقد أُنْتَفَتِ العقوبةُ للشبهة فوجبت الغرامة، ووجوب الدية بالإفضاء لا يمنع العقرَ؛ لاختلاف السببِ، فإن سببَ وجوبِ العقرِ الوطءُ والمستوفى فيه هو المملوكُ بعقدِ النكاح، وسببُ الدية الإفضاء وهو لا يستوفى بعقدِ

(١) «المبسوط» ٧٥/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٩/٣، و«تبيين الحقائق» ١٨٦/٣ -

١٨٧، و«البحر الرائق» ٢٠/٥ - ٢١.

(٢) من (ج). (٣) في (ج): (واحترزنا).

(٤) ساقط من (ب). (٥) في (ب): (للعقر).

النكاح، فلا يكون إيجابهما في مقابلة شيء واحد، ولهذا يجب العقرُ كاملاً مع وجوب ثلث الدية بالإفضاء مع أستمسك البول، ولا يدخل أحدهما في الآخر، كذا هذا.

ولهما^(١): أَنَّ العقرَ بدلُ المستوفى بالوطء، والمستوفى به بمنزلة العين، وقد وجب كمالُ بدلِ العضو - وهو الدية - بتفويت منفعة المختصة به، فيدخل فيه بدلُ جزئه، كما لو شجَّ رجلاً موضحةً فذهب عقله فإنه يدخل أرشُ الموضحة في الدية، بخلاف ما إذا استمسك^(٢) البول؛ لأن الواجب في مقابلة الإفضاء وهو ضمان الجائفة لا ضمان العضو فلم يتكرر الموجب عن عضو واحد، وههنا لما (وجب عن عضو واحد)^(٣) وجب ضمان العضو كاملاً فلو وجب العقرُ لزم تكرارُ الموجب عن شيء واحد.

قال: (ولا نجمعُ العقرَ مع الحدِّ في المستكرهة).

رجلٌ أستره امرأة على الزنا فزنى بها فوجب عليه الحدُّ دونها ولا يجبُ عليه العقرُ ١١٢/ لها^(٤).

وقال الشافعي رحمه الله^(٥): يجبُ العقرُ^(٦) لأنه عوضٌ عن المستوفى بالوطء بغير رضاها وهو بمنزلة جزء العين، والحدُّ في مقابلة الفعل فلم

(١) «المبسوط» ٧٥/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٩/٣، و«تبيين الحقائق» ١٨٦/٣ - ١٨٧، و«البحر الرائق» ٢٠/٥ - ٢١.

(٢) في (ب، ج): (لم يستمسك).

(٣) من (ج).

(٤) «فتاوى قاضيخان» ٤٦٨/٣، و«درر الحكام» ٦٧/٢.

(٥) «المهذب» ٢٦٩/٢، و«الوجيز» ١٦٩/٢، و«روضة الطالبين» ٣١٠/٧.

(٦) في (ب): (أيضاً).

يُمْتَنَعُ أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ كِإِتْلَافِ صَيْدٍ مَمْلُوكٍ فِي الْحَرَمِ بِخِلَافِ الطَّائِعَةِ ؛ لِأَن
الْأُسْتِيفَاءَ بَرَضَاهَا.

وَلَنَا : أَنَّ الْوَطْءَ إِتْلَافٌ لِمَنَافِعِ بَضْعِهَا حَقِيقَةٌ ، وَهِيَ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عِنْدَنَا ،
وَإِنَّمَا أَوْجِبْنَا ضَمَانَ إِتْلَافِهَا بِإِيجَابِ الْعَقْرِ عِنْدَ سَقُوطِ الْحَدِّ إِظْهَارًا لَشَرَفِ
الْمَحَلِّ وَخَطَرِ الْإِبْضَاعِ ؛ لِثَلَا يَكُونُ التَّعَرُّضُ بِهَا خَالِيًا عَنْ غَرَامَةٍ مَالِيَةٍ
أَوْ عَقُوبَةٍ بَدْنِيَّةٍ ، وَهَهُنَا لَمَّا وَجِبَ الْحَدُّ فَقَدْ وَجَدَ أَحَدُهُمَا ^(١).

قَالَ : (وَيَسْقُطُ (الْحَدُّ) ^(٢) عَمَّنْ زَنَى بِجَارِيَةٍ فَقَتَلَهَا بِهِ فَوُجِبَتْ
قِيمَتُهَا ، أَوْ اشْتَرَاهَا أَوْ نَكَحَهَا أَوْ كَانَتْ جَنَّتْ عَلَيْهِ قَبْلَهُ
فَدُفِعَتْ إِلَيْهِ بَعْدَهُ).

هَذِهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ ، وَالْخِلَافُ فِيهَا وَاحِدٌ.

وَقَدْ أَفْرَدَ صَاحِبُ «الْمَنْظُومَةِ» ^(٣) مَا إِذَا زَنَا بِهَا فَقَتَلَهَا بِفَعْلِ الزَّانَا فِي بَابِ
أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ^(٤) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ^(٥) وَلَا قَوْلَ لِمَحْمَدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ^(٦) ،
وَصَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» ^(٧) : طَرَدَ الْخِلَافَ فَأَثْبَتَهُ عَلَى مَا فِيهَا.

رَجُلٌ زَنَى بِجَارِيَةٍ غَيْرِهِ فَقَتَلَهَا بِفَعْلِ الزَّانَا وَجِبَتْ عَلَيْهِ الْقِيمَةُ إِجْمَاعًا ،
وَهَلْ يَجِبُ الْحَدُّ؟ قَالَ أَبُو يُوسُفَ ^(٨) : لَا يَجِبُ.

(١) «المبسوط» ٧٥/٩ ، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٩/٣ ، و«تبيين الحقائق» ١٨٦/٣ -
١٨٧ ، و«البحر الرائق» ٢٠/٥ - ٢١.

(٢) مِنْ (ب ، ج).

(٣) «المنظومة» ٦٨.

(٤) «فتاوى قاضيخان» ٤٦٩/٣ ، و«الهداية» ٣٩٢/٢ ، و«تبيين الحقائق» ١٨٦/٣ ،
و«البحر الرائق» ٢٠/٥.

(٥) «الهداية» ٣٩٢/٢.

وقالا رحمهما الله^(١): يجب وعلى هذا الخلاف لو زنى بها ثم اشتراها أو زنى بها ثم نكحها، أو زنى بجارية كانت قد جنت عليه قبل الزنا ثم دفعت إليه بالجناية بعد الزنا له أن وجوب ضمان القيمة سبب لملك الأمة، وكذلك صدور الجناية منها سبب لدفعها إليه فيثبت ملكه فيها مستنداً إلى وقت الجناية منها ومنه^(٢)، إذ المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى وقت سبب الوجوب، وكذلك شراؤها ونكاحها، فإنهما سببان للملك، واعتراضه قبل إقامة الحد موجب لسقوطه كما في هبة المسروق قبل القطع، وصار كما لو زنى بها فأذهب (عينها)^(٣) فإنه تجب القيمة ويسقط الحد ولهما أن هذا ضمان دم فلا يوجب الملك، ولو أوجبته وإنما يوجب في العين، وما أستوفاه من منافع البضع معدوم فلا يظهر الاستناد في حقه، وأما الجناية منها عليه فليست سبباً لملكه، إذ لو كانت سبباً لأورثت الشبهة مطلقاً، والإجماع منعقد على أنه يحد إذا لم تدفع^(٤) إليه، فدل على انتفاء السببية^(٥) فقل: الدفع لا يثبت السبب ولا الحكم، على أنه لو ثبت فالاستناد لا يظهر في حق المعدوم، والمستوفى بالوطء معدوم عند ثبوت الاستناد فلا يظهر في حقه، وأما الشراء والنكاح فاعتراض سبب الملك إنما يورث الشبهة إذا

(١) «فتاوى قاضيخان» ٤٦٩/٣، و«الهداية» ٣٩٢/٢، و«تبين الحقائق» ١٨٦/٣، و«البحر الرائق» ٢٠/٥.

(٢) «المبسوط» ٨٧/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٨/٣، و«تبين الحقائق» ١٨٦/٣-١٨٧، و«فتح القدير» ٤٧٥-٤٧٦/٥.

(٣) في (ب، ج): (عينها).

(٤) في (ب): (يدع).

(٥) في (ب): (الشبهة).

أفاد^(١) الملك في العين كما في هبة المسروق قبل القطع، والمقتضي ههنا لوجوب الحد قائم وهو الزنا، وهذا الاعتراض لا ينتهض مانعاً؛ لأنه لا يفيد الملك في المنافع المستوفاة بالوطء؛ لكونها معدومة عند الاستناد، فلا تثبت شبهة الدارئة للحد، بخلاف ما إذا زنا بها فأذهب عينيها؛ لأن الملك يثبت له في الجثة العمياء وإنها عين فتورث شبهة^(٢).

قال: (وأسقطناه عن المكره).

هذه من الزوائد، وهي أنه إذا أكره على فعل الزنا ففعله لا يحد، وكان أبو حنيفة رحمته الله أولاً يقول^(٣): يحد، كما هو قول زفر رحمته الله^(٣)؛ لأن انتشار الآلة (دليل على تحقق الاختيار منه للفعل فانتفى الإكراه، ولكنه رجع إلى القول الثاني؛ لأن انتشار الآلة)^(٤) كما يقع طوعاً فقد يقع طبعاً كما في حق النائم فأورث شبهة دارئة للحد، وإنما أطلق المكره ولم (يثبته من)^(٥) السلطان؛ لأن ما ذكر من الخلاف بين أبي حنيفة^(٣) وصاحبيه^(٣)، فإن الإكراه إن تحقق من السلطان لا يحد وإن تحقق من غيره حد، ولا يحد مطلقاً ينبنى على أن الإكراه لا يثبت حكمه عند أبي حنيفة رحمته الله^(٣) إلا إذا وقع من السلطان، لكن صاحب «الهداية»^(٦) ذكر في الإكراه والسلطان

(١) في (ب): (أراد).

(٢) «المبسوط» ٨٧/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٦٨/٣، و«تبيين الحقائق» ١٨٦/٣ - ١٨٧، و«فتح القدير» ٤٧٥-٤٧٦/٥.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٨٦/٣، و«المبسوط» ٨٧/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٣٩٢-٤٦٨، و«الهداية» ٢/٣٩١-٣٩٢.

(٤) ساقطة من (ب).

(٥) في (ب)، و(ج): (ينسبه).

(٦) «الهداية» ٢/٣٩١-٣٩٢.

وغيره سيات عند تحقق القدرة على إيقاع ما توعد به، والذي قاله أبو حنيفة رحمته الله ^(١) أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان، لما أن المنعة له، والقدرة لا تتحقق بدون المنعة، فقد قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان. ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهلُه، فلذلك أطلق المكروه فصارت المسألة على هذا مجمعاً عليها إذا وقع الإكراه ممن يقدر على إيقاع ما توعد به ^(١).



(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٨٦/٣، و«المبسوط» ٥٩/٩، و«فتاوى قاضيه خان» ٤٦٨-٤٦٩، و«الهداية» ٣٩١-٣٩٢/٢.

فصل في حدّ الشرب

قال: (يحدّ شاربُ الخمر طوعًا بعد الإفاقة إذا أُخذَ وريحها موجودًا إلا أن ينقطعَ لبعْدِ المسافة، وألغى اشتراطه ولا يثبتُ به بل بشهادة رجلين أو بإقراره، ويعتبره مرتين واكتفيا بمرة).

الأصلُ في وجوب حدّ الشربِ قوله ﷺ: «من شرب الخمر فاجلدوه، (فإن عادَ فاجلدوه)»^(١)، والطواعيةُ شرطٌ، فإن المُكرهَ مسلوبُ الاختيارِ فلا يعدُّ جانيًا، وإقامةُ الحدِّ بعد الإفاقة ليتألم بالضرب فتحصل فائدةُ الأنزجار، واشتراطُ الرائحةِ مذهبُ أبي حنيفة^(٢) وأبي يوسف^(٣) رحمهما الله خلافاً لمحمدٍ ﷺ^(٣) ١١٢/ب/ وهذا ليتعرفَ به قرب العهد، فإن التقادمَ مانعٌ من إقامة الشهادة بالاتفاق، لكن محمدًا ﷺ^(٣) قدّر التقادمَ ههنا بالزمانِ كما قدّره في الزنا؛ لأن التأخير إنما يكون بمضي الزمان، وهما قدّراه بزوال الرائحة، لقول ابن مسعودٍ رضي الله عنه حين جيء إليه برجلٍ اعترف بشرب الخمر: أستنكهوه، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه^(٤).

(١) سقط من (ج).

(٢) رواه أبو داود (٤٤٨٢)، والترمذي (١٤٤٤)، وابن ماجه (٢٥٧٣)، وصححه الألباني في «الصحيحة» (١٣٦٠)، من حديث معاوية وله شواهد أخرى. أنظرها في «نصب الراية» ٣/٣٤٦-٣٤٩.

(٣) «فتاوى قاضيخان» ٣/٤٨١، و«الهداية» ٢/٣٩٨، و«الاختيار» ٤/٣٣٤، و«البحر الرائق» ٥/٢٧-٢٨، و«اللباب» ٣/١٩٣.

(٤) قال الحافظ في «الدراية» ٢/١٠٥: لم أجده هكذا، ثم ذكر نحوه عن ابن مسعود، وعزاه لإسحاق، وعبد الرزاق، والطبراني. وهو في «المصنف» ٧/٣٧٠ (١٣٥١٩).

شرط وجود الرائحة فتكون شرطًا؛ لأنَّ حدَّ الشربِ يثبتُ بإجماعِ الصحابةِ ولا إجماعَ بدونِ رأيِ ابنِ مسعودٍ؛ ولأنَّ قيامَ أثرِ الشربِ - وهو الرائحةُ - من أتمِّ الدلائلِ على قربِ العهدِ، إنما (يصارُ) ^(١) (إلى التقديرِ بالزمانِ عند تعذُّرِ اعتبارِ ما هو أدلُّ على القربِ، وفائدةُ هذا (الشرطِ) ^(٢) أن قبولَ الشهادةِ) ^(٣) والإقرارِ متوقفٌ على وجودِ الرائحةِ عندهما ^(٤).

وعند محمد رحمته الله ^(٤) التقادم لا يبطلُ الإقرارَ كما لا يبطله في حدِّ الزنا، وهما أوقفًا إقامةَ الحدِّ على وجودِ الرائحةِ عملاً بما روينا عن ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه واستثنى في الكتابِ أنقطاعَ الرائحةِ لبعدِ المسافةِ، يريدُ أنه إذا أخذَ من مكانٍ بعيدٍ، فلما أُتي به إلى الإمامِ لم توجد منه رائحةُ (الخمِرِ) ^(٥) فههنا يحدُّ؛ لقيامِ العذرِ فلا يعدُّ أنقطاعُه دليلاً على التقادم كما قلنا في حدِّ الزنا، وهذا بالاتفاقِ من أصحابنا ^(٤)، وإنما لا يثبتُ شربُ الخمِرِ بنفسِ الرائحةِ أو تقيئها؛ لأنَّ الرائحةَ ليست بقطعيةِ الدلالةِ ^(٦) على شربِ الخمِرِ؛ لاحتمالِ الأشتباهِ فيها، ولا دلالةُ أيضًا على الشربِ طوعًا لجوازِ وجوده كرهًا، وأنه غيرُ موجبٍ للحدِّ فلذلك نفاهُ في الكتابِ وأضربَ عنه إلى الشهادةِ والإقرارِ؛ لأنهما الدليلانِ الشرعيانِ، وإنما نصَّ على الرجلينِ احترازًا عن شهادةِ النساءِ مع الرجالِ فإنها لا تسمعُ في الحدودِ؛ لقيامِ الشبهةِ في شهادتهنَّ باعتبارِ قصورهنَّ عن الرجالِ،

(١) في (ج): (يضاف).

(٢) في (أ): (الشرب). (٣) ساقطة من (ب).

(٤) «فتاوى قاضيخان» ٤٨١/٣، و«الهداية» ٣٩٨/٢، و«الاختيار» ٣٣٤/٤، و«البحر الرائق» ٢٧-٢٨/٥، و«اللباب» ١٩٣/٣.

(٥) من (ب). (٦) في (ج): (الرائحة).

ولهذا أشرت منهن أثنان مع رجل، وينسب إليهن الضلال في قوله تعالى: ﴿أَنْ تَصِلَ إِحْدَهُمَا فَتُكْرِ إِحْدَهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢] وإنما قبلت في الأموال لأن المال يثبت مع الشبهات، والحدود تندري بها. وأما الإقرار فحجة من المقر على نفسه فيعمل بها.

وشرط أبو يوسف، رَحِمَهُ اللهُ^(١) تكرار الإقرار مرتين.

وقال^(١): يكفي الإقرار مرة واحدة.

وهو نظير الخلاف في السرقة على ما يأتي إن شاء الله تعالى. وهذا الخلاف ههنا من الزوائد.

قال: (ويحد السكران من درديها لا من شربة).

(وأما)^(٢) دردي الخمر تنزل منزلتها عند الشافعي رَحِمَهُ اللهُ^(٣) حتى يحد شاربه وإن لم يسكر؛ لأن الحد يجب بشرب، قطرة من الخمر، ودردية^(٤) يشتمل على أكثر من قطرة من عينها.

(وعندنا)^(٥) لا يجب الحد بمجرد الشرب بل بالسكر منه لما بين الدردي والخمر من التفاوت فإن قليل الخمر يدعو إلى كثيره)^(٦) وليس قليل الدردي

(١) «فتاوى قاضيخان» ٤٨١/٣-٤٨٢، و«الهداية» ٣٩٩/٢، و«تبيين الحقائق» ١٦٩/٣، و«اللباب» ١٩٤/٣.

(٢) من (ب).

(٣) «الأم» ١٨٠/٦، و«الوجيز» ١٨١/٢، و«روضة الطالبين» ٣٧٦/٧.

(٤) دردي: ما رسب في أسفل السائل من عكره من زيت وغيره ودردي الخمر ما رسب في أسفل الإناء منه. «الصحيح» ص ٣٣٨ مادر درد، و«معجم لغة الفقهاء» مادة دردي.

(٥) «فتاوى قاضيخان» ٤٨١/٣، و«الهداية» ٣٩٨/٢، و«الاختيار» ٣٣٥/٤، و«تبيين الحقائق» ١٩٨/٣.

(٦) من (ب)، و(ج).

يدعو إلى كثيره لما في الطباع من النفرة عنه فكان ناقصا (عنه)^(١) فالتحق
بغير الخمر من المسكرات التي يحرم السكر منها - على ما يأتيك بيانه -
ولأن الغالب على الدردي الثقل فصار كالمغلوب بالماء، فلا يحد شاربه
مالم يسكر منه.

قال: (والسكران من لا يفرق بين السماء والأرض وقالوا: من
يختلط كلامه. ويختار للفتوى).

(هذه من الزوائد، فحد السكر الموجب للحد أن لا يعرف الرجل من
المرأة والسماء من الأرض^(٢)).

وقال^(٢): هو أن يختلط كلامه ويهذي^(٣).

والى هذا القول مال أكثر المشايخ واختاروه للفتوى، فإنه هو
المتعارف، وأبو حنيفة رحمته الله^(٤) يأخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءا
للحد، وأقصى السكر أن (يغلب على العقل)^(٥) فيسلبه التمييز بين شيء
وشيء؛ لأن التمييز دلالة بقاء شيء من الصحو وهو ضد السكر، فمتى
ثبت أحدهما أو شيء منه لا يثبت الآخر، والمعتبر في القدح الأخير
المسكر في حق الحرمة هذا ما قالاه^(٤) بالإجماع أخذا بالاحتفاظ،

(١) في (ب): (عنها).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٨، و«فتاوى قاضيخان» ٤٨١/٣، و«الهداية» ٣٩٩/٢ -
٤٠٠، و«الاختيار» ٣٣٥/٤، و«اللباب» ١٩٣/٣.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «الهداية» ٤٠٠/٢، و«تبين الحقائق» ١٦٩/٣، و«البحر الرائق» ٣٠/٥، و«حاشية
ابن عابدين» ٤١/٤.

(٥) ساقطة من (ب).

فالقَدْحُ الحرامُ ما يعقب الاختلاط في الكلام، ولا يوجب الحدُّ (عنده^(١)) والقَدْحُ الموجبُ للحدِّ ما يوجب الغيبة^(٢)، وعندهما^(٣) القَدْحُ الحرامُ هو الموجبُ للحدِّ كما قلنا.

قال: (ولا يحدُّ بإقراره فيه إلَّا بحدِّ القذف).

السكرانُ إذا أقرَّ بالزنا أو بغيره من حقوقِ الله تعالى في سكره لا يكونُ إقراره موجباً للحدِّ؛ لجواز كذبه في الإقرار بسببِ السكر، فتقومُ الشبهةُ في الدرءِ عنه بخلاف حدِّ القذف؛ لأنَّ فيه حقَّ العبدِ فيتنزل السكرانُ فيه منزلةَ الصاحي عقوبةً له كغيره من حقوقِ العباد^(٤).

قال: (ونوجبُ ثمانينَ جلدةً في الحرِّ لا أربعينَ ويجبُ نصفُها في العبدِ ويستوفى كما مرَّ).

حدُّ الشربِ على الحرِّ ثمانونَ جلدةً عندنا^(٥) يستوفى كما مرَّ في حدِّ الزنا، يجرّدُ عن ثيابه، ويفرّقُ الضربُ على أعضائه. وعن محمدٍ رحمته الله^(٦) أنه لا يجرّدُ عن ثيابه تخفيفاً؛ لأنَّ التخفيفَ قد حصلَ في العددِ فلا يخفّفُ ثانياً.

(١) «الهداية» ٤٠٠/٢، و«تبيين الحقائق» ١٦٩/٣، و«البحر الرائق» ٣٠/٥، و«حاشية ابن عابدين» ٤١/٤.

(٢) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب، ج).

(٣) في (ب): (العقوبة).

(٤) «الهداية» ٤٠٠/٢، و«الاختيار» ٣٣٥/٤، و«تبيين الحقائق» ١٩٧/٣.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٨-٢٧٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٨١/٣، و«الهداية» ٣٩٩/٢، و«الاختيار» ٣٣٤/٤، و«اللباب» ١٩٤/٣.

(٦) «الهداية» ٣٩٩/٢، و«الاختيار» ٣٣٤/٤، و«تبيين الحقائق» ١٩٨-١٩٩/٣.

وقال الشافعي رحمته الله^(١): هو في الحرّ أربعون؛ لما روي أن عثمان رضي عنه أمر علياً رضي عنه بإقامة حدّ الشرب على الوليد بن عقبة بن أبي معيط^(٢) فأمر الحسن رضي عنه بإقامة الحدّ عليه، فلما بلغ الأربعين قال له: حسبك، جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين (وأبو)^(٣) بكر رضي عنه^(٤).

ولنا: إجماع الصحابة^(٥) من بعد علي الثمانين، وعن علي رضي عنه أنه قال: إذا سكر هذى وإذا هذى أفترى، وحدّ المفترى ثمانون سوّطاً، وما رواه كان قبل إجماعهم على الثمانين. والعبد عليه النصف؛ لأن الرقّ أثره / ١١٣/ في التنصيف، وإنما أعقب قوله: (ويجب نصفها في العبد) ليشمل المذهبين جميعاً^(٦).

قال: (ولو أقرّ ثم رجع لم (يحد)^(٧)).

لأن حدّ الشرب خالص حقّ الله تعالى فيقبل فيه الرجوع؛ لما مرّ في الزنا^(٨).

(١) «الوجيز» ١٨١/٢، و«روضة الطالبين» ٣٧٩/٧، و«شرح مختصر التبريزي» ص ٣٩٤.

(٢) الوليد بن عقبة بن أبي معيط: الأمير أبو وهب الأموي، له صحبة قليلة، وهو أخو أمير المؤمنين عثمان رضي عنه لأمه، مات في أيام معاوية، وكان شجاعاً قائماً بالجهاد. «طبقات خليفة» ص ١٢٦، و«التاريخ الكبير» ١٤٠/٨ (٢٤٨٣)، و«الاستيعاب في معرفة الأصحاب» ١١٤-١١٨ (٢٧٥٠)، و«سير أعلام النبلاء» ٤١٢-٤١٦ (٦٧).

(٣) في الأصل: (وأبي). (٤) رواه مسلم (١٧٠٧).

(٥) «الإجماع» لابن عبد البر ص ٢٩١.

(٦) «فتح القدير» ٣١١/٥، و«تبيين الحقائق» ١٩٨/٣، و«البحر الرائق» ٣١/٥، و«مجمع الأنهر» ٦٠٣/١.

(٧) في (ب): (يجب الحد).

(٨) «فتح القدير» ٣١١-٣١٢، و«تبيين الحقائق» ١٩٧/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٤١/٤، و«اللباب» ١٩٤/٣.

فصل في الأشربة

قال: (ويحرم الخمر -عصير العنب- إذا غلى واشتد، وقذف الزبد شرط، والعصير إذا طبخ فذهب أقل من ثلثه^(١) ونقيع الرطب والزبيب إذا غلى واشتد، ويجيز تخليل الخمر مطلقاً ولا يحلها الطبخ، وبيع غيرها جائز).

الأشربة: جمع شراب، وهو كل مائع رقيق يشرب ولا يتأتى فيه المضغ سواء كان حراماً أو حلالاً، وتستخرج الأشربة من العنب والزبيب والتمر والحبوب، ومنها حرام مغلظ التحريم، ومنها ما هو أخف تحريماً، ومنها ما هو حلال، فالحرام أربعة: الخمر، والطلاء، والسكر، ونقيع الزبيب، والخمر أغلظها تحريماً، فالخمر هو عصير العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد، دون أن يطبخ، والغليان والشدة شرط بالإجماع. واختلف أصحابنا^(٢) رحمهم الله في قذف الزبد فقال أبو حنيفة رحمته الله^(٢): هو شرط. وقالوا^(٢): ليس بشرط؛ لأنه يسمى خمراً قبل قذف الزبد، ولحصول التغطية^(٣) على العقل بالاشتداد.

وله^(٤): أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد. والأحكام القطعية خصوصاً في الحدود تناط بالنهاية كالحدد والحكم بكفر المستحل؛ ولأن السكور من آثار العصير، وقذف الزبد من آثار الخمرية، والأصل فيما

(١) في (أ): (ثلثه).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٧-٢٨٧، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٨١، و«فتح القدير» ٥/ ٣٠٥-٣٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٦-٣٣٧.

(٣) في (ج): (التعديّة).

(٤) في (ب): (ولنا).

هو ثابت بقاءه إلا بالتيقن بزواله قيل قذف الزبد الأصل بقاء العصير، فإذا قذف بالزبد تيقناً وجود الخمرية بزوال ما هو من آثار العصير. وقيل: يؤخذ (في) ^(١) تحريم الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً ^(٢)، وفي الحد بالشرب بقذف الزبد احتياطاً للدرء. وعصير العنب رفع بأنه عطف بيان وإنما لم يقل: وهو عصير العنب تحريماً عن أن يصوغها جملة أسمية فتدل على الخلاف ولا خلاف (فيه) ^(٣) وهي حرام قليلها وكثيرها لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ ﴾ [المائدة: ٩٠].

والرجس: هو ما حرم لعينه، ولقوله ﷺ: « حرمت الخمر لعينها » ^(٤)، وقد تواتر تحريمها عن النبي ﷺ وعليه إجماع ^(٥) الأمة، وهذا دليل تحريمها لعينها من غير أن يكون معللاً بالإسكار، وقد دل النص بقوله ﴿ رِجْسٌ ﴾ على نجاسة العين؛ لأنه أخبر به عن العين حقيقة.

وتتعلق بالخمير أحكام بسبب غلظ تحريمها، فمنها أنه يكفر مستحلها لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به، ومنها أنها (نجسة) ^(٦) نجاسة مغلظة كالبول؛ لثبوتها بالدليل القطعي وهو قوله: ﴿ رِجْسٌ ﴾ ولا يقال: إن الرجس مطلق على الأزلام كما هو مطلق على الخمر وليست الأزلام

(١) في (ج): (من).

(٢) «المبسوط» ٤/٢٤، و«الهداية» ٤/٤٤٦-٤٤٧، و«الاختيار» ٤/٣٣٦.

(٣) من (ب).

(٤) رواه العقيلي في «الضعفاء» ٤/١٢٣-١٢٤ من حديث علي بإسناد ضعيف، وقد رواه النسائي ٨/٣٢١ عن ابن عباس موقوفاً. وانظر «نصب الراية» ٤/٣٠٦-٣٠٧.

(٥) «الإجماع» لابن المنذر ص ١٤١.

(٦) (أ)، (ب) (نجاسة).

نجسة فإن المصلي لو حملها في صلاته لم تبطل (صلاته) ^(١) لأننا ^(٢) نقول: الرجس حقيقة في (النجس) ^(٣) فما كان قابلاً لهذا الوصف كان إطلاقه عليه حقيقة، ومالم يكن قابلاً لهذا الوصف تعين فيه حذف المضاف اللائق به، وليس هذا بجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد؛ لأن إطلاق الرجس عليهما بمعنى النجس إطلاق واحد بطريق الحقيقة، وإنما تعين حذف المضاف فيما لا تقبل عينه النجاسة بدليل من (خارج) ^(٤) لا من قبل إطلاق اللفظ ^(٥).

ومنها أن الخمر لا قيمة لها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها ولا غاصبها ويحرم بيعها، فإن في تقومها عزتها، والشرع أمر بإهانتها ^(٥)، وقال ﷺ: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها (وأكل)» ^(٦) ثمها ^(٧).

واختلفوا في سقوط المالية، والأصح أنها مال؛ لأن الطباع تميل إليها وتضمن بها، ومن كان له على مسلم دين فأوفاه دينه من ثمن خمر لا يحل له أخذه ولا للمديون أن يوفيه منه؛ لأنه ثمن باطل فيكون (غصباً) ^(٨) في يده (أو أمانة) ^(٩) على ما وقع فيه الخلاف كما في بيع الميتة ^(١٠)، ولو كان

(١) من (ب، ج).

(٢) «المبسوط» ٩-٨/٢٤، و«الهداية» ٤٤٧/٤، و«الاختيار» ٣٣٦-٣٣٧/٤.

(٣) في (ج): (التنجس). (٤) من (ب)، و(ج).

(٥) «فتح القدير» ٣٠٦-٣٠٧/٥، و«الاختيار» ٣٣٦/٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣٨/٤.

(٦) في (ب): (ولا يحل).

(٧) رواه مسلم (١٥٧٩)، وأحمد ٢٤٤/١ واللفظ له.

(٨) في (ب): (غاصباً).

(٩) في الأصل: (أو إمام)، والمثبت من (ب)، و(ج).

(١٠) «المبسوط» ٢٦/٢٤، و«الهداية» ٤٤٧/٤، و«فتح القدير» ٩٦/١٠، و«الاختيار»

الدين على ذمّي جاز للمسلم أن يستوفيه من ثمن خمر باعه؛ لأن بيعها فيما بينهم جائز^(١). ومنها حرمة الانتفاع بها؛ لأن الانتفاع بالنجس لا يجوز، ومنها أن الحد يتعلق بنفس شربها سواء سكر منها أو لم يسكر؛ لقوله ﷺ: «من شرب الخمر فاجلدوه»^(٢)؛ علق الجلد بالشرب، وعليه انعقد الإجماع^{(٣)(٤)}.

ومنها أن الطبخ لا يحلها؛ لأن الطبخ جعل مانعاً من ثبوت الحرمة؛ لأن أفعالها بعد تقريرها^(٥)، وهذه من الزوائد^(٦)؛ لأنه لو شرب منه مطبوخاً يكون حراماً ويحد بالسكر لا بمجرد الشرب على ما قالوا. ومنها أنها إذا تخللت حلت سواء تخللت بنفسها أو بشيء طرخ فيها، ولا يكره تخليها^(٧).

وقال الشافعي رحمه الله^(٨): يكره تخليها. والخل الحاصل به إن كان بإلقاء شيء فيها لا يحل قولاً واحداً، وإن كان بغير إلقاء شيء فيها / ١١٣ ب / كالنقل من الظل إلى الشمس أو من الشمس إلى الظل ففي الحل

(١) «المبسوط» ٢٤/٢٦، و«الهداية» ٤/٤٤٧، و«فتح القدير» ١٠/٩٦، و«الاختيار» ٤/٣٣٦.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) «الهداية» ٤/٤٤٧، و«فتح القدير» ١٠/٩٦، و«الاختيار» ٤/٣٣٦.

(٤) «موسوعة الأجماع في الفقه الإسلامي» ١/٣٣٦.

(٥) «المبسوط» ٤/٢٤، و«الهداية» ٤/٤٤٧، و«الاختيار» ٤/٣٣٧.

(٦) «المبسوط» ٤/٢٤، و«الهداية» ٤/٤٤٩، و«الاختيار» ٤/٣٣٧.

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٩، و«المبسوط» ٢٤/٧، و«فتاوى قاضيخان» ٦/١٢٣،

و«الهداية» ٤/٤٥١-٤٥٢، و«وسائل الأسلاف» ص ٦٠٤، و«الاختيار» ٤/٣٤٠.

(٨) «المهذب» ١/٢٦٨، و«الوجيز» ١/١٣٣، و«روضة الطالبين» ٣/١٧، و«الغاية

القصوى» ١/٤٦٠، و«مغني المحتاج» ٢/١١.

الحاصل به قولان له أن الأمرَ باجتنابها ينافي جوازَ قراباتها على وجه (التمول) ^(١) فيحرم (اقترابها) ^(٢) على وجه التخليل؛ لاستلزامه ارتكاب ما ينفيه الأمر، والخلُّ الحاصلُ منه حرامٌ؛ لأن الحلال لا يناط بالحرام. ولنا قوله تعالى ﴿فَاجْتَنِبُوهُ﴾ وفي تخليلها اجتنابها؛ لأن اجتنابها كما يقع بالإراقة يقع بإصلاحها على وجه يستحيل عن صفة الخمرية مع ما في ذلك من تحصيل مالٍ منتفع به حلالٍ في ثاني الحال، فكان الاقتراب للإصلاح مباحًا، فإن ذات الاقتراب ليس هو المراد، فإنه لو تقرب منها بقصد الإراقة كان حلالًا بل مندوبًا إليه بل واجبًا واعتبارًا بما إذا تخللت بنفسها، والجامع (حصول) ^(٣) (المنافع) ^(٤) المتعلقة بوجودهما، هذا ما يتعلق بالخمير.

والثاني: الطلاء ^(٥) (وهو عصير العنب إذا طُبِخَ حتى ذهبَ أقلُّ من ثلثيه) ^(٦) وقيل: إذا ذهب ثلثه فهو الطلاء ^(٧) وإن ذهب نصفه فالمنصف، وإن طُبِخَ أدنى طبخة فهو الباذق ^(٨)، والكلُّ حرامٌ إذا غلى واشتدَّ وقذفَ بالزبدِ على الاختلافِ السابقِ في القذفِ بالزبدِ، وجهُ

(١) في (ب): (التحول).

(٢) في (الأصل): (اقتربانها)، والمثبت من (ب) و(ج).

(٣) من (ب)، و(ج). (٤) في (ب): (المصالح).

(٥) الطلاء: هو ما طبخ من عصير العنب حتى ذهب ثلثاه، وتسميه العجم المبيختج. «مختار الصحاح» ص ٣٥٩ مادة طلا.

(٦) في (ج): (ثلثه).

(٧) ساقط من (ب).

(٨) الباذق: بفتح الذال المعجمة، هو ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخ فصادر شديدًا، وهو مسكر.

«مختار الصحاح» ص ٣٠، و«المصباح المنير» ص ٣٠ مادة باذق.

الحرمة أنه رقيق مطربٌ لذيذٌ يجتمع عليه الفساقُ فيحرم شربه دفعًا للفسادِ الناشئ من شربه^(١).

والثالث: السكر وهو نقيع الرطب إذا غلي واشتد وقذف بالزبد على الخلاف السابق، وقوله تعالى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧]، كان في ابتداء الإسلام حتى كانت الأشرطة مباحة؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على تحريمه من بعد^(٢).

والرابع: نقيع الزبيب وهو الذي من ماء الزبيب إذا غلي واشتد وقذف بالزبد، لما بينا^(٣).

وحرمة هذه الثلاثة دون حرمة الخمر (حتى لا يكفر مستحلها)^(٣)؛ لأن حرمة الخمر قطعية وهذه حرمتها بالاجتهاد، ولا يجب الحد بشربها ما لم يسكر منها، ونجاستها خفيفة في رواية وغلظة في أخرى، ويجوز بيعها عند أبي حنيفة رحمته الله^(٤) ويضمن بالإتلاف بالقيمة.

(وقال أبو يوسف^(٤) ومحمد^(٤): يحرم بيعها ولا يضمن متلفها اعتبارًا بالخمر)^(٣)، والجامع الاشتراك في الحرمة. له أنها مال متقوم عملاً بالأصل لعدم الدلالة القطعية على سقوط التقويم بخلاف الخمر، إلا أن عنده^(٤) يضمن بالقيمة لا بالمثل؛ لأنه ممنوع عن الانتفاع بها لمكان الحرمة، فتعين القيمة.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٨١، و«المبسوط» ١٢/٢٤، و«الهداية» ٤٤٩/٤، و«الاختيار» ٣٣٧/٤.

(٢) «المبسوط» ٤/٢٤، و«فتاوى قاضيخان» ١٢٦-١٢٧، و«الهداية» ٤٤٩/٤، و«الاختيار» ٣٣٧/٤.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «المبسوط» ١٤/٢٤، و«الهداية» ٤٤٩/٤، و«الاختيار» ٣٣٧/٤.

قال: (ويحلُّ شربُ ما لا يسكر مما طبخَ من نبيذِ التمرِ والزبيبِ أدنى طبخةً وإنْ أشتدَّ، ومن عصيرِ العنبِ إذا ذهبَ ثلثاهُ لغيرِ لهوٍ وما يتخذُ من العسلِ والتينِ والحبوبِ من غيرِ طبخٍ، وحرَمَها مطلقاً ويحدُّ للسكرِ منها مطلقاً في الصحيح).

أما الأولُ فنيذُ التمرِ ونبيذُ الزبيبِ إذا طبخَ كلُّ واحدٍ منهما أدنى طبخةً فهو حلالٌ وإنْ أشتدَّ إذا شربَ منه ما لا يسكر من غيرِ لهوٍ، فإنْ شربه للتلهي كان حراماً^(١).

وأما الثاني فهو عصيرُ العنبِ إذا طبخَ حتى ذهبَ ثلثاهُ وبقي الثلثُ وهو حلالٌ إذا شربَ للتقوي لا للتلهي، وهذا هو المثلث^(٢)، وهو حرامٌ عند محمد^(٣) والشافعي^(٤) ومالك^(٥) مطلقاً.

وأما الثالثُ فهو ما يتخذُ من العسلِ والتينِ والحنطةِ والشعيرِ والذرةِ فهو حلالٌ لغيرِ لهوٍ ولا طربٍ وإنْ سكرَ طبخَ أو لم يطبخ^(٦)، وهل يحدُّ من سكرِ منها؛ قيل: لا يحدُّ، ولا يقعُ طلاقه بمنزلةِ النائم^(٧).

(١) «المبسوط» ٦/٢٤، و«الهداية» ٤/٤٤٨، و«الاختيار» ٤/٣٣٨.

(٢) «المبسوط» ٧/٢٤، و«الهداية» ٤/٤٥٠-٤٥١، و«الاختيار» ٤/٣٣٨.

(٣) «المبسوط» ٩/٢٤، و«الهداية» ٤/٤٥٠-٤٥١، و«الاختيار» ٤/٣٣٨.

(٤) «الأم» ٦/١٨٠، و«حلية العلماء» ٨/٩٤، و«تكملة المجموع» ٢١/٤٥١.

(٥) «الكافي» ص ١٩٠، و«التلقين» ٢/٢٧٧-٢٧٨.

(٦) «المبسوط» ١٧-١٨/٢٤، و«الهداية» ٤/٤٥٠، و«الاختيار» ٤/٣٣٩.

(٧) «مختلف الرواية» ٤/١٨٣١، و«الهداية» ٤/٤٥٠، و«الاختيار» ٤/٣٣٩.

وعن محمد^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: الجميع حرامٌ، ويحدُّ شاربه إذا سكر منه، ويقع طلاقه إذا سكر منه. كما في سائر الأشربة (المحرمة)^(٢) وهذا هو الأصحُّ فإن محمدًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٣) قال فيمن سكر من الأشربة أنه يحدُّ من غير تفصيل.

قال في «واقعات الحسام» وبه نأخذ: وهذا لأنَّ الفساق يجتمعون عليها أجمعهم على سائر الأشربة. والتنبيه على أن الحدَّ منها هو الصحيح من الزوائد وكذا المتخذ من الألبان إذا اشتدَّ. وقيل: إن المتخذ من لبن الرماك^(٤) لا يحلُّ على قول أبي حنيفة^(٥) اعتبارًا بلحمها، والأصحُّ الحلُّ؛ لأن حرمة اللحم معللة بالاحترام، أو لما في إباحة الذبح من قطع مادة الجهاد، فلا يتعدى إلى لبنها. له قوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «كلُّ مسكرٍ حرامٌ»^(٦)، وقوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ما أسكر كثيره فقليله حرامٌ»^(٧)، واعتبارًا بالخمير.

(١) «مختلف الرواية» ١٨٣١/٤، و«الهداية» ٤٥٠/٤، و«الاختيار» ٣٣٩/٤.

(٢) في (ب): (للحرمة).

(٣) «المبسوط» ٧/٢٤، و«الهداية» ٤٥٠-٤٥١/٤، و«الاختيار» ٣٣٨/٤.

(٤) لبن الرماك: هو لبن أنثى البراذين.

«المصباح المنير» ص ١٤٥ مادة رمك.

(٥) «المبسوط» ٢٣٤/١١، و«فتاوى قاضيخان» ١٢٧/٦، و«الهداية» ٤٥٠-٤٥١/٤، و«الاختيار» ٣٣٩/٤.

(٦) رواه مسلم (١٧٣٣) (٧٠) من حديث أبي موسى الأشعري.

(٧) رواه النسائي ٣٠٠-٣٠١/٨، وابن ماجه (٣٣٩٣) والترمذي (١٨٦٥) من حديث جابر بن عبد الله. وقال: حسن غريب من حديث جابر، وروي عن عائشة، وعبد الله بن عمر، وابن عمر، وسعد بن أبي وقاص، وخوات بن جبير، وحسنه الألباني في «الإرواء» (٢٣٧٥).

ولهما: قوله ﷺ: «حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب»^(١)، خص السكر بالتحريم من غير الخمر، فلا يجوز إلحاق غير الخمر بالخمر في تحريم العين مع التفرقة بالنص، وما ذكره من الأحاديث طعن فيه يحيى ابن معين، ذكره عبد الغني المقدسي في كتابه، وما روي عن الصحابة رضي الله عنهم من مخالفتها دليل على عدم صحتها.

وعلى تقدير الصحة تحمل على الشرب بقصد التلهي والسكر، أو نقول بالموجب من جهة أن المسكر من كل شراب هو القدح الأخير؛ ولأن حرمة (الخمر)^(٢) يدعى قليلها إلى كثيرها لرقتها ولطافتها (وأعطي القليل حكم الكثير دفعًا للفساد الناشئ عن دعاء الطبع إلى زيادة شربها، وليس كذلك المثلث)^(٣) فإنه غليظ تغلب عليه العدائية، وقد روى الطحاوي بإسناده إلى ابن عمر رحمهما الله أن النبي ﷺ أتى بنبيذ فشمه فقطب وجهه لشدته، ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه وقال: «إذا أغلمت عليكم هذه الأشرطة / ١١٤ / فاقطعوا متونها بالماء»^(٤)، وفي رواية أنه لما قطب قال رجل: أحرام هو يا رسول الله؟ قال: «لا» وأنه نص في الباب^(٥).

وعن ابن أبي ليلى^(٦) رضي الله عنه أنه قال: أشهد على البدرين من أصحاب رسول الله ﷺ أنهم كانوا يشربون النبيذ في الجرار الخضر، ونقل ذلك عن

(١) سبق تخريجه.

(٢) من (ب، ج).

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «شرح معاني الآثار» ٢١٩/٤.

(٥) رواه النسائي ٣٢٣/٨.

(٦) تقدمت ترجمته.

أكثر الصحابة قولاً وفعلاً حتى قال أبو حنيفة رحمته الله ^(١) : إنه مما يجب اعتقاد حله ؛ لئلا يؤدي إلى تفسيق الصحابة رضي الله عنهم.

وأقول : إن الصحيح ما ذهب إليه محمد رحمته الله ^(٢) من تحريم الشرب من هذه الأنبذة وإيجاب الحد على السكر منها ؛ لأن الأصل في المشروعات أن ترد على وفاق المعقول ^(٣) لأن ذلك أقرب إلى الانقياد ^(٤) ومن المعلوم الذي يتنزل منزلة الأوليات من الشريعة أن السكر مراد لعدم الإفضاء به إلى المفساد العظيمة ، وكيفما كان السبيل إلى حصول السكر فإنه في نفسه لا يختلف حاله في الإفضاء إلى المفسدة ، فالملحوظ ^(٥) بالنظر الأول إنما هو إعلام الرذيلة ^(٦) المستلزمة للفساد غالباً ثم يتعدى بالنظر إلى أسبابها الموجبة لها بالنظر الثاني ، ولا أنكر أن بعض تلك الأسباب أشد إفضاءً من البعض ولكن بعد الإفضاء لا يتفاوت الحال بالنسبة إلى ذات السكر ، فكان الشرب المفضي إلى السكر المستلزم للمفسد ^(٧) حراماً ، قطعاً لمادة الفساد ، وإذا حصل وجب الحد إعداماً للفساد الحاصل أو تقليلاً له بواسطة الزجر الذي شرع له الحد ، والتعليق بالشرب لقصد التقوي دون التلهي غير مفيد فإن كل شارب يمكنه أن يدعي قصد التقوي فيستحيل التبرير بذلك ، فإذا أفضى إلى السكر قال : لا يجب عليه الحد ؛ لأنني شربت مباحاً وسكرت منه . وهذه منشأ المفسدة المعلوم من الشرع إعدامها فلا نفتح بابها ، وعلى الخصوص في حق الطباع

(١) «المبسوط» ١٢/٢٤ ، و«فتاوى قاضيخان» ١٢٧/٦ ، و«الهداية» ٤٥٠/٤ - ٤٥١.

(٢) «المبسوط» ١٥/٢٤ ، و«فتاوى قاضيخان» ١٢٦/٦ ، و«الهداية» ٤٥٠/٤.

(٣) في (ب) : (المنقول). (٤) في (ب) : (الاعتقاد).

(٥) في (ب) : (فالملحق). (٦) في (ج) : (الرذيلة).

(٧) في (ج) : (للفساد).

المجبولة على اتباع الهوى واستحلال المحرمات بالشبه^(١)، ثم في هذا المقام قد اجتمع فيه المحرم والمباح فيرجح جانب المحرم احتياطاً في باب الحرمات^(٢).

قال: (ولا بأس بالخليطين وبالانتباز في الدُّبَاءِ والحنتم والمزفت والنقير).

أمّا الأول فلما روي عن ابن زياد^(٣) قال: سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي فغدوت فأخبرته فقال: ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين، وكان مطبوخاً؛ لأنّ المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما تحريم نقيع الزبيب وهي النيئ منه، وما روي من النهي عن الجمع بينهما فمحمول على حالة الشدة^(٤)، وأمّا الثاني فلقوله ﷺ: «كنت قد نهيتكم عن الانتباز في الدُّبَاءِ^(٥) والحنتم^(٦) والمزفت^(٧)»

(١) في (ب) و(ج): (بالشبهة).

(٢) «المبسوط» ١٥/٢٤، و«فتاوى قاضيخان» ١٢٦/٦، و«الهداية» ٤٥٠/٤.

(٣) قال ابن حجر في «الدراية» ٢٤٩/٢: أخرجه محمد بن الحسن في «الآثار» أخبرنا أبو حنيفة عن سليمان الشيباني عن ابن زياد بهذا وابن زياد لا أعرفه ولم أر من سماه.

(٤) «المبسوط» ٥/٢٤، و«الهداية» ٤٤٨/٤، و«الاختيار» ٣٣٧/٤، و«اللباب» ٢١٤/٣.

(٥) الدباء: القرع كانوا ينتبذون فيها فتسرع الشدة في الشراب.

«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٩٦/٢.

(٦) الحنتم: جرار مدهونة خضر كانت تُحمل الخمر فيها إلى المدينة. ثم اتسع فيها فقليل للخزف كله حنتم، واحدها حنمة، وإنما نهى عن الانتباز فيها لأنها تسرع الشدة فيها لأجل وهنها. وقيل لأنها كانت تعمل من طين يعجن بالدم والشعر فنهى عنها ليمتنع من عملها. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٤٤٨/١.

(٧) المزفت: هو الإناء الذي طلي بالزفت وهو نوع من القار ثم انتبذ فيه.

«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٣٠٤/٢.

والنقير^(١) فانتبذوا فيها، أشربوا في كلِّ ظرفٍ، فإن الظرف لا يحلُّ شيئاً ولا يحرّمه، ولا تشربوا المسكر^(٢)»^(٣).



(١) النقير: أصل النخلة ينقر وسطه ثم ينبذ فيه التمر ويلقى عليه الماء ليصير نبيذاً مسكراً. والنهي واقع على ما يعمل فيه، لا على اتخاذ النقير. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ١٠٤/٥.

(٢) «المبسوط» ١٠/٢٤، و«الهداية» ٤٥١/٤، و«الاختيار» ٣٣٩/٤، و«اللباب» ٢١٦/٣.

(٣) رواه مسلم ١٩٩٩/٦٤ من حديث أبي بريدة.

فصل في حد القذف

قال: (ويحدُّ الحرُّ قاذفَ المسلمِ الحرِّ البالغِ العاقلِ العفيفِ بصريحِ الزنا ثمانين سوطًا إذا طلبه والعبدُ أربعين، وينزعُ عنه الفروُ والحشُو ويفرَّقُ عليه).

القذفُ في اللغة: الرميُّ مطلقاً^(١)، وفي الشرع: الرميُّ بالزنا وفيه الحدُّ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] والمرادُ به: الرميُّ بالزنا إجماعاً مع الإشارةِ إليه بقوله ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ فإنَّ اشتراطَ أربعةٍ من الشهودِ من خصائصِ حدِّ الزنا، ويتنصَّفُ الحدُّ في العبدِ لما مرَّ أنَّ الرقَّ منصف.

وشرطُ الإحصانِ منصوصٌ عليه أما شرطُ الحرية والإسلام فلما مرَّ في الزنا، (وأما العقلُ والبلوغُ فلعدمُ لحوقِ العارِ للصبيِّ والمجنون؛ لعدمِ تحققِ الزنا منهما)^(٢)، وأما العفةُ فلائِنَّ غيرَ العفيفِ عن فعلِ الزنا لا يلحقُهُ العارُ إذا نُسبَ إليه؛ ولأنَّ الحدَّ شرعٌ جزاءٌ عن كذبه في نسبةِ الزنا إليه، فإذا لم يكنْ عفيفاً عنه^(٣) كان صادقاً في النسبةِ إليه فلا يؤاخذُ به، وإنما شرطُ مطالبةِ المقذوفِ (بالحد)^(٤)؛ لأنَّه يشتملُ على حقِّه وهو دفعُ العارِ عنه، وإنما يحدُّ بطلبه بعد عجزه عن الإتيانِ بأربعةِ شهودٍ

(١) يقال: قذف بالحجارة أي رمى بها؛ والمحصنة أي: رماها بالفاحشة.

«مختار الصحاح» ص ٤٧٠ مادة قذف، و«المصباح المنير» ص ٢٩٤ مادة قذف، و«المعجم الوسيط» ٧٢١/٢ مادة قذف.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (أ): (له).

(٤) من (ب).

يشهدون بصدقه، وإنما طرح ذكر هذا الشرط لأنه عُلِمَ من باب الزنا وصریحُ القذف بالزنا أن يقول: يا زاني، أو زنيته، أو يا ابن الزانية. وكذلك لو قال: يا ابن الزنا؛ لأن معناه أنت متولدٌ من الزنا واللغات في القذف سواءً فبأي لغة قذفه فالحكم ثابتٌ ويفرّق الضرب على أعضائه لما مرّ في الزنا، وينزع عنه الفرو والحشو؛ لأن إبقاءهما مانعٌ من وصول الألم إليه فلا تحصلُ مصلحةُ الزجر، وإنما لم يجرّد عن ثيابه؛ لأنّ سببَ هذا الحدّ غيرُ مقطوع به لجواز صدقه في القذف، فلا يقام الحدُّ على وجه الشدة بخلاف حدِّ الزنا^(١).

قال: (ولو رجع عن إقراره / ١١٤ب / لم يقبل).

إذا أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل (رجوعه)^(٢) أما ثبوته بالإقرار فتكفي فيه المرة اعتباراً بسائر الحقوق ويثبت أيضاً بشهادة رجلين، وقد مرّ أنّ شهادة النساء مع الرجال لا تقبل في الحدود، فإذا أقر مرة فثبت الحق لم يقبل رجوعه؛ لما في ذلك من إبطال حق من تعلق حقه بإقراره وهو المقذوف فيكذّبه في الرجوع، بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى؛ لعدم من يكذّبه فيه^(٣).

(١) «الكتاب» ٣/ ١٩٥، و«الهداية» ٢/ ٤٠٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٩-٢٠٠.

(٢) في (أ): (اقراره).

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٩٧، و«الهداية» ٢/ ٤٠٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٣.

قال: (ويطالب للميت من يقع القدح^(١) في نسبه بقذفه).

رجلٌ قال لآخر: يا ابن الزانية وأمه ميتةٌ محصنة وطالب^(٢) ابنها بحدِّ القذف حدَّ القاذف؛ لأنه قد قذف محصنةً بعد موتها، ولا يطالب بهذا الحدِّ للميت إلا مَنْ يقع القدح في نسبه بالقذف وهو الولد والوالد؛ لأنَّ الجزئية هي الموجبة للحقوق العار به فيتناولهُ القذف معنى. وعند الشافعي رحمته الله^(٣) يثبتُ حقُّ المطالبة لكلِّ وارث؛ لأنَّ حدَّ القذف يورثُ عنده^(٤) وعندنا^(٥) ولاية المطالبة، ليس بطريق الإرث بل للحقوق العار بسبب الجزئية، ألا ترى أنه يثبتُ حيثُ لا إرث بسبب القتل، ويثبتُ لولد البنت كما يثبتُ لولد الأب (ولوالد)^(٦) حال قيام أبيه كما يأتي الخلاف فيه^(٥).

قال: (ويغلبُ حقُّ الشرع فلا نورثه ولا نجيزُ العفو عنه ولا الاعتياضُ عنه ولا عدم التداخل).

إذا قذف غيره فمات المقدوفُ بطلَ الحدُّ عندنا^(٧)، وكذلك لو مات وقد أقيمَ بعضُ الحدِّ بطلَ الباقي.

(١) في (ب): (القذف). (٢) في (أ): (طلب).

(٣) «المهذب» ٢/٢٧٦، و«حلية العلماء» ٨/٤١، و«شرح مختصر التبريزي» ص ٣٥٢.

(٤) «الكتاب» ٣/١٩٧، و«الهداية» ٢/٤٠٢، و«الاختيار» ٤/٣٢٩، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٠٣.

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣١٩، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٦٦، و«اللباب» ٣/١٩٦، و«درر الحكام» ٢/٧٢، و«مجمع الأنهر» ١/٦٠٦.

(٦) في (ب): (ولولد الولد).

(٧) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣١٧-٣١٨، و«المبسوط» ٩/١٠٩، ١١٣، ١١٤، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٧٥، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٩٨، و«البحر الرائق» ٥/٣٩، و«حاشية ابن عابدين» ٤/٥٢-٥٣.

وقال الشافعي رحمه الله ^(١): لا يبطل الأصل في هذا أن حد القذف حقُّ العبد وحقُّ الشرع، أما حقُّ العبد فلما فيه من دفع العار عنه ورجوع منفعتِه إليه، وأما حقُّ الشرع فلما فيه من الزجر الذي قصد به إخلاء العالم عن الفساد أو تقليله فنفعه راجع إلى العامة، وهذه أمارَةُ حقِّ الشرع، ولهذا سميَّ حدًّا، فإن ما يكون خالص حقَّ العبد، وهو في الأصل جائزٌ فما وجب من العقوبات حقًّا له فهو واجبٌ باسم القصاص المنبئ عن المساواة ليكون إشارة إلى الجبر، وما وجب فيها باسم الحدِّ فهو حقُّ الله تعالى فيكون في الأسمِ دلالة على الزجر، ويدلُّك على ذلك اعتبارُ المماثلة في حقِّ العبد، قال تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وههنا لا مماثلة بين نسبة الزنا وبين ثمانين سوطًا لا صورة ولا معنى، وعند تعارض هذين الجهتين في حدِّ القذف، فالشافعي رحمه الله ^(٢): غلبَ حقُّ العبد باعتبار حاجته إليه وغناء صاحب الشرع عن حقِّه، ونحن غلبنا حقَّ الشرع؛ لأنَّ حقَّ العبد يصير مرعيًا (باعتبار أن الله تعالى يتولاه، ولو اعتبرنا جهة العبد لا يصير حقُّ الشرع مرعيًا) ^(٣)؛ لأنَّه لا يجوزُ استيفاء ^(٤) حقِّ الشرع إلا لمن هو نائبُ الشرع ولا نيابة ههنا، ثم نبني الفروع عليه.

أما الإرثُ عنده؛ فلأنَّه يجرى في حقوق العباد لا في حقوق الله ^(٥)،

(١) «المهذب» ٢/٢٧٦، و«حلية العلماء» ٨/٤١، و«شرح مختصر التبريزي» ص ٣٥٢.

(٢) «المهذب» ٢/٢٧٥، و«التنبيه» ص ٢٤٤، و«حلية العلماء» ٨/٤٠، و«شرح مختصر

التبريزي» ص ٣٥٢.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ج): (استغناء).

(٥) في (ب): (الشرع).

فإذا قذف غيره فمات المقدوف لم يبطل الحدُّ عنده^(١)، وكذلك لو بقي منه شيء.

وعندنا^(٢): يبطل وهذا الأصل من الزوائد. ويجوز أن يعفو عنه عنده لأنه حقه، ويجوز أن يعتاض منه لذلك.

وعندنا^(٣): لا يجوز لأنه حقُّ الشرع، ولا يجزئ العفو ولا الاعتراض فيه.

ومسألة الاعتراض من الزوائد ولو عفا لم يكن للإمام أن يقيم الحدَّ لا باعتبار صحة العفو بل باعتبار أن الاستيفاء منوطٌ بطلبه، وقد تركه، ألا ترى أنه إذا عاد فطلب يقام الحدُّ لأن اعتبار صحة العفو كان لغوا^(٤) فكأنه لم يخاصم إلى الآن.

وأما التداخل فإذا قذف واحد جماعةً بكلمة واحدة حُدَّ لكلٍّ منهم عنده^(٥).

وعندنا^(٦): يحدُّ حدًّا واحدًا تغليبًا لحقِّهم فقد أنعقد سببُ الوجوب

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣١٧-٣١٨، و«المبسوط» ٩/١٠٩، ١١٣، ١١٤، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٧٥، و«وسائل الأسلاف» ص ٢٩٨، و«البحر الرائق» ٥/٣٩، و«حاشية ابن عابدين» ٤/٥٢-٥٣.

(٢) «المهذب» ٢/٢٧٥، و«التنبيه» ص ٢٤٤ «حلية العلماء» ٨/٤٠، و«شرح مختصر التبريزي» ص ٣٥٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٥، و«المبسوط» ٩/١٠٩، و«البحر الرائق» ٥/٣٩، و«الهداية» ٢/٤٠٢، و«الاختيار» ٤/٣٣٢.

(٤) في (ب): (عفوًا).

(٥) «المهذب» ٢/٢٧٦، و«حلية العلماء» ٨/٤٣، و«شرح مختصر التبريزي» ص ٣٥٢، و«تكملة المجموع» ٢١/٣٦٠.

(٦) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٢١، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٦٦، و«المبسوط»

لكلّ منهم (فيحدّ لكلّ منهم)^(١) ترتباً للحكم على السبب، كما لو زنى وسرق وشرب.

ولنا: أن شرعية الحدّ لمعنى الزجر، والزائد على الحدّ الواحد عارٍ عن فائدة الزجر؛ لحصوله بالأولى فقامت الشبهة في عدم وجوب الزائد وسقوطه، بخلاف ما لو زنى وسرق وشرب؛ لأنّ المراد بحدّ كلّ منها غير المراد بالآخر.

فحدّ السرقة لصيانة الأموال وحدّ الزنا لصيانة الأنساب، وحدّ الشرب لصيانة العقول، وعلى هذا لو قذف واحداً مراراً والمقذوف به متعدّد كما إذا قال: زنيّت بفلانة وفلانة. أو شرب مراراً أو سرق^(٢).

قال: (وأجزنا طلب الأبني الكافر والعبد بقذف الأب).

إذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحدّ خلافاً لزفر رحمته الله^(٣)، وإثبات خلافه من الزوائد. له أن القذف يتناول الولد العبد والكافر معني باعتبار رجوع العار إليه، وليس طريق الثبوت الإرث^(٤) عندنا^(٥) فينزل منزلة ما لو قذف الولد نفسه.

١١١/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٩/٣، و«درر الحكام» ٧٢/٢.

(١) ساقه من (ب).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣٢١/٣، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٦٦، و«المبسوط»

١١١/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٩/٣، و«درر الحكام» ٧٢/٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٧-٢٦٨، و«المبسوط» ١١٣/٩، و«فتاوى قاضيخان»

٤٧٩/٣، و«الهداية» ٤٠١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٠٢/٣، و«درر الحكام» ٧٢/٢.

(٤) في (ج): الإرش.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٧-٢٦٨، و«المبسوط» ١١٣/٩، و«فتاوى قاضيخان»

٤٧٩/٣، و«الهداية» ٤٠١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٠٢/٣، و«درر الحكام» ٧٢/٢.

ولنا أنَّ هذا تعييرٌ له بقذفٍ محصنٍ فيطالب بحدِّه؛ لأنَّ الإحصانَ فيمن يقذفُ شرطُ وقوعِ القذفِ تعييرًا على الكمالِ، وقد وجدَ في حدِّ المقذوفِ ثم تعدى بكماله إلى الولدِ، والكفرُ والرقُّ لا ينافي أهلية الاستحقاقِ، بخلاف ما إذا قذفه جدُّه أو نفسه لأنَّه لم يوجد التعيير /١١٥/ على الكمالِ لفقدِ الإحصانِ في المقذوفِ^(١).

قال: (وولدُ الولدِ بقذفِ الجدِّ مع وجودِ أبيه).

هذه معطوفةٌ على سابقتيها، والخلافُ فيها مع زفر رحمته الله^(٢) إذا قذفَ رجلٌ محصنًا فساهلَ ابنه في طلبِ الحدِّ وله ولدٌ فلا بنِ الأبْن أن يطالب بالحدِّ.

وقال زفر رحمته الله^(٢): ليس له ذلك؛ لأنَّ لحوقَ العارِ بولدِ الصلبِ فوقَ لحوقه إياهُ فينزلُ ولدُ الولدِ مع بقاءِ أبيه منزلةَ ولدِ الصلبِ مع بقاءِ المقذوفِ لطلبِ الكفاءةِ، فإنه لا خصومة (فيه)^(٣) للأبعدِ مع الأقربِ.

ولنا^(٤): أن حقَّ الخصومة (ثابتٌ لولدِ الولدِ؛ لأنَّ العارَ لاحقٌ به بهذه النسبة حسبَ لحوقه أباهُ فتثبت لكلٍّ منهما الخصومةُ)^(٥) في ذلك بخلاف المقذوفِ نفسه؛ لأنَّ ثبوتهُ في حقِّه باعتبارِ نيلِ القاذفِ من عرضه وذلك

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٧-٢٦٨، و«المبسوط» ١١٣/٩، و«فتاوى قاضيخان»

٤٧٩/٣، و«الهداية» ٤٠١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٠٢/٣، و«درر الحكام» ٧٢/٢.

(٢) «المبسوط» ١١٢/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٩/٣، و«الهداية» ٤٠١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٠٢/٣.

(٣) من (ب، ج).

(٤) «المبسوط» ١١٢/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٩/٣، و«الهداية» ٤٠١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٠٢/٣.

(٥) ساقطة من (ج).

مختص به، وبخلاف طلب الكفاءة؛ لأن ذلك حق الأولياء، ولا ولاية للأبعد مع وجود الأقرب، أما ولد الولد فنسبه ثابت من جدّه مع أبيه وهو سبب للحقوق العار فلم يتوقف على عدمه^(١).

قال: (ومنع ابن البنت).

إذا قذف رجل رجلاً محصناً فلا ين بنته أن يطالب بحدّ القذف عند أبي حنيفة^(١) وأبي يوسف^(٢).

وقال محمد^(١) رحمه الله: ليس له ذلك؛ لعدم لحوق العار به بنسبة الزنا إلى أبي أمّه؛ لأنّه لا ينسب إليه، ألا ترى أنّه لا يدخل ابن البنت في الوقف على أولاده وأولاد أولاده في ظاهر الرواية وعليه الفتوى، ذكره في «الواقعات» وصار كالأخ.

ولهما: أنه قذف محصناً تقرّر إحصانه بموته، فيثبت حق الطلب لكل من ينتمي إلى الميت أو (ينتمي)^(٢) الميت إليه؛ للحقوق الشين والعار بسبب ذلك، والعار لاحق به فإنه لا يبقى كريم الطرفين؛ ولهذا له المطالبة بقذف أمّه باعتبار أنتمائه إليها، فكذا يثبت بقذف أبي أمّه بخلاف الأخ؛ لعدم لحوق العار للأخ بسبب زنا أخيه؛ لعدم الانتماء إليه، أما الأب فمنتّم إلى أمّه، وأمّه إلى أبيها، والمنتّم إلى المنتمي منتّم، ضرورة أن جزء الجزء جزء.

وأما عدم دخوله في الوقف فممنوع على رواية الخصاف، وهي مذكورة في «المحيط»^(٣) ولئن سلّمنا فالوقف في معنى الوصية التي هي

(١) «المبسوط» ١١٢/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٩/٣، و«الهداية» ٤٠١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٠٢/٣.

(٢) ساقطة من (ب). (٣) «المحيط البرهاني» ٢٠٥/٥.

أختُ الميراث. والولدُ فيه إنما ينسبُ إلى الأبِ وأبيه دون الأمِّ وأبيها،
 ألا ترى أنه لا يحجبُ الزوجُ عن النصفِ ولا الزوجة عن الربع
 ويحجبُهما ولدُ الأبْنِ، فكذلك حكمُهُ في الوقفِ الذي هو في معنى
 الوصية، فلا يلزم من ظاهر المذهب أن لا يدخلَ ولدُ البنتِ في الوصية
 لولدِ الولدِ باعتبارِ الشبهِ بالإرثِ عدمُ استحقاقِ طلبِ الخصومةِ في حدِّ
 القذفِ؛ لما يلحقُهُ من العارِ لخروجه عن كونه كريمَ الطرفين^(١).

قال: (ولا يطالب العبدُ مولاه ولا الأبْنُ أباه بقذفِ أمِّه
 الحرّة).

لأن الأبَ لا يعاقبُ بسببِ ابنه ولا المولى بسببِ عبده، ولهذا
 لا يقتلان بهما^(٢).

قال: (ومن وطئ وطئاً حراماً لعينه سقطَ إحصائُهُ، وناكحُ بنتِ
 ملموسيته بشهوةٍ محصنة).

الوطءُ الحرامُ منه ما يكون حراماً لعينه^(٣) ومنه ما يكون حراماً لغيره،
 فالوطءُ الحرامُ لعينه مسقطٌ للإحصانِ؛ لأنه زنا فلم يحد قاذفه لكونه صادقاً.
 والحرامُ لغيره لا يسقطُ الإحصانَ ويحدُّ قاذفه لأنه ليس بزنا، فالوطءُ في غيرِ
 الملكِ من جميعِ الوجوه أو من وجهٍ حرامٍ لعينه، وكذلك لو وطئ في ملكه،

(١) «المبسوط» ١١٢/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٩/٣، و«الهداية» ٤٠١/٢، و«تبيين
 الحقائق» ٢٠٢/٣.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٧، و«المبسوط» ١٢٣/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٩/٣،
 و«الهداية» ٤٠٢/٢، و«الاختيار» ٣٣٠/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٠٢/٣، و«اللباب»
 ١٩٧/٣.

(٣) في (ج): (لغيره).

وحرمة الموطوءة مؤبدة، وأما إذا كانت الحرمة مؤقتة فإن حرمة الوطء لغيره، وأبو حنيفة رحمته الله^(١) يشترط للحرمة المؤبدة الإجماع، والمشهور من الحديث بيان هذا الأصل في الفروع إذا وطئ في نكاح فاسد، أو وطئ أمة مستحقة، أو أكره على الزنا، أو كان مجنوناً، أو كانت محرمة بالمصاهرة بالوطء، أو وطئ الأب جارية ولده، ففي هذه المسائل يسقط إحصائه؛ لأن هذا الوطء حرام لعينه وإن لم يَأْثَمَ إما لكونه جاهلاً أو مكرهاً بخلاف ثبوت المصاهرة بالمس عن شهوة أو بالتقبيل؛ لأن كثيراً من الفقهاء لا يرون ذلك محرماً، ولا نص في إثبات الحرمة، بل الحرمة ثابتة بطريق الاحتياط في إقامة السبب مقام المسبب فلا يسقط الإحصان المتيقن به بالشك.

وقد قال أبو يوسف^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله: إن الإحصان يسقط باعتبار أنه وطء حرام عندنا، والفرق بيننا، بخلاف ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء؛ لوجود النص، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢]، والنكاح في الوطء حقيقة فيسقط اعتبار الاختلاف مع النص، وأما الحرمة المؤبدة في الملك فكالأخت من الرضاع والجارية المشتركة، فإنما يسقط الإحصان لأنه ينافي ملك (المتعة)^(٢) وكان الوطء واقعاً في غير الملك فأشبهه الزنا، والحرمة المؤقتة كالمجوسية، والحائض، والتي ظاهر منها، والتي حرمت باليمين، والأمة المنكوحه، والمعتدة من غيره، ووطء

(١) «المبسوط» ١١٦/٩-١١٧، و«الهداية» ٤٠٤/٢، و«الاختيار» ٣٣١/٤، و«تبيين

الحقائق» ٢٠٥-٢٠٦/٣.

(٢) في (ج): (المنفعة).

الأختين / ١١٥ ب/ بملك اليمين، والأمة المكاتبية، والمشتراة شراءً فاسدًا، ففي هذه المسائل لا يسقط الإحصان؛ لعدم كون الوطء زنا عند قيام المحل، وهذه الحرمة على شرف الزوال^(١).

قال: (وإذا لاعت بوليد سقط إحصانها).

احترز بقوله: (لاعت بوليد) عن الملاعنة بغير ولد فإنه لا يسقط إحصانها ويحد قاذفها لعدم أمانة^(٢) الزنا منها، وأما الملاعنة بوليد سواء كان الولد حيًا أو قذفها بعد موت الولد لم يحد، وسقط إحصانها؛ (لقيام أمانة الزنا منه وهي ولادة الولد الذي لا أب له، ففانت العفة التي هي شرط في الإحصان)^{(٣)(٤)}.

قال: (ولو نسبته إلى جدّه أو نفاه عنه أو إلى عمّه أو خاله أو زوج أمّه أو قال: يا ابن ماء السماء أو لعربي: يا نبطي لم يحد).

أما النسبة إلى الجد فإنها صادقة مجازًا، وأما النفي عنه فصدق أيضًا؛ لأنه ابن ابنه لا ابن جدّه بغير واسطة، وهذا أمانة المجاز؛ لأن ما صحّ إثباته من وجه صحّ نفيه من وجه، فكان كل منهما مجازًا، وما ثبت لشيء من جميع الوجوه كان حقيقة فيه فلم يصح نفيه، وأما النسبة إلى

(١) «المبسوط» ١١٦/٩-١١٧، و«الهداية» ٤٠٤/٢، و«الاختيار» ٣٣١/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٠٥-٢٠٦/٣.

(٢) في (ج): (إجازة).

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «المبسوط» ١٢٧/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٨/٣، و«الهداية» ٤٠٤/٢، و«الاختيار» ٣٣١/٤.

العمّ والخال (فصادقة)^(١) أيضًا ؛ لصدق الأب على كلٍّ منهما ، قال تعالى : ﴿ وَإِلَهُ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴾ [البقرة: ١٣٣] وإسماعيلُ كان عمًّا له ، وقد قال ﷺ : « الخالُ أبٌ » وأما زوجُ الأمِّ فالإطلاقُ عرفيٌّ باعتبارِ التَّربية ، وأما قوله : (يا ابن ماء السماء) فليس بقذفٍ ؛ لأنه مبالغةٌ في التشبيهِ بماءِ السماءِ وهو الوصفُ بالجوِّدِ والسَّناءِ ، واللفظُ والصفاءُ ، وأما قوله للعربي (يا نبطي)^(٢) فليس بقذفٍ ؛ لأنه يرادُّ به تشبيهُهُ به في الأخلاقِ أو في عدمِ الفصاحةِ^(٣).

قال : (وحدهُ بقوله لرجل : يا زانيةُ).

إذا قال لمحصنٍ : يا زانيةُ لا يلزمه الحدُّ عند أبي حنيفة^(٤) وأبي يوسف^(٥) رحمهما الله أستحسنًا.

وقال محمد^(٥) ﷺ وهو القياسُ : يحدُّ لأنَّه قذفٌ على وجهِ المبالغةِ ، فإنَّ التَّاءَ لاحقةٌ للمبالغةِ كالعلامةِ والنَّسابةِ ، ولا يُقالُ : إن حقيقةَ هذا الكلامِ وهي : يا أنثى^(٦) الزانيةُ كذبٌ ، إذ المخاطبُ رجلٌ فلا يلحقُه العارُ به ؛ لأنَّا نقولُ : لا يسقطُ بذلك معنى القذفِ ؛ لأنَّ نسبةَ الزنا قذفٌ بالزنا ، ونسبة

(١) في (ب) : (فصالحة).

(٢) نبطي : النبط والنبيط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقيين والجمع أنباط - يقال رجل نبطي ونباطي ونباط. «الصحاح» ص ١٠٦ مادة نبط.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٨ ، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٣٢٣-٣٢٤ ، ٣٢٦ ، و«المبسوط» ٩/ ١٢٢-١٢٣ ، و«فتح القدير» ٥/ ٣٢٨-٢٣٩ ، و«اللباب» ٣/ ١٩٧.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٨.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٨ ، و«المبسوط» ٩/ ١١٤-١١٧ ، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٧٦ ، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٥٤-٥٥.

(٦) في (ب) : (ابن).

الأنوثة قذفٌ بغير الزنا عُرْفًا؛ لأنَّ التأذي بنسبة الأنوثة لا يقصرُ عن باقي ما يُشتم (به)^(١) فصار كما لو قال لامرأة: يا زاني (مع أنَّ حقيقةَ كلامِه)^(٢) وهو ما ذكر الزاني كذبٌ إذ المخاطبُ امرأةٌ وبلى أولى لأنَّ نسبةَ الذكورة لا تُعدُّ في حقِّها شتمًا عُرْفًا.

ولهما: أنَّ معنى هذا الكلام حقيقةٌ غيرُ متصورٍ^(٣)، وفي كون التاء للمبالغة شكٌ فلا يجبُ الحدُّ مع الشكِّ؛ وهذا لأنَّ التاء تكونُ للمبالغة في وصفِ الشيء نفسه، وقد تكون للمبالغة في وصفِ العلم به كالنسابة، فإنَّ المرادَ أعلمُ الناسِ بالأنسابِ أو أكثرهم بها (علمًا)^(٤) فيحتملُ أن يريد يا أعلمَ الناسِ بالزنا أو أكثرهم به علمًا، فإنَّ أرادَ هذا المعنى لا يجبُ الحدُّ أو أراد حقيقةَ (الكلام)^(٥) لا يجبُ فلا يجبُ بالشكِّ بخلافِ قوله للمرأة: يا زاني؛ لأنَّ الترخيمَ سائغٌ في النداء، والخطابُ دليلٌ على إرادة^(٦) التاء والحقيقةُ متصورةٌ فافترقا^(٧).

قال: (وعكس في زنأت في الجبل يريدُ الصعود).

إذا قال لآخر: زنأت في الجبل بالهمز، وقال أردتُ به الصعودَ على الجبل لا يصدِّقُ عند أبي حنيفة^(٨) وأبي يوسف^(٨) رحمهما الله ويحدُّ.

(١) من (ب، ج). (٢) ساقطة من (ج).

(٣) في (ج): (مقصود).

(٤) من (ب).

(٥) غير واضح بالأصل، والمثبت من (ب، ج). (٦) في (ج): (زيادة).

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٨، و«المبسوط» ٩/ ١٤-١٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٤٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٥٤-٥٥.

(٨) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٨، و«المبسوط» ٩/ ١٢٦، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٧٦-٤٧٧، و«الهداية» ٢/ ٣٠٤، و«البحر الرائق» ٥/ ٤٠.

وقال محمد^(١): يَصَدَّقُ ولا يَحْدُّ؛ لأنه أرادَ محتملَ لفظه فإن الزناً في الجبلِ هو الصعودُ حقيقةً، واستعمالُ كلمةٍ (في) مكانَ (على) سائغٌ لقوله تعالى ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ النَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] ولهما أنَّ الحالَ دالةٌ على إرادة القذف.

وقوله: (زنات) يجوزُ أن يكونَ بهمز الحرفِ اللينِ كما يلين الحرفِ المهموز، وتكونُ (في) جاريةً على حقيقتها في الظرفية، وهذا متعينٌ؛ لأن (في) لا تستعملُ في الزناً بمعنى الصعود، وإنما تستعملُ كلمة (على) والحملُ على تغييرِ حرفٍ غيرِ موضوعٍ لمعنى مكانَ حرفٍ غيرِ موضوعٍ لمعنى مع فهمِ المعنى من الكلمة لبقاء أكثر حروفها أولى من حملِ كلامه على استعمالِ حرفٍ موضوعٍ لمعنى عوضَ حرفٍ آخر موضوعٍ لمعنى آخر؛ لأنه خلافُ الأصلِ وهذا هو الظاهرُ، فلا يصدقُ في دعوى ما يخالفه الظاهرُ، وما أستشهدُ به في استعمالِ كلمة (في) مكانَ (على) ممنوعٌ بل هو جارٍ به على موضوعيها، والمرادُ الإشارةُ إلى (تمكين)^(٢) المصلوبِ من الجذعِ تمكّن المظروف في الظرف^(٣).

قال: (وما أوجبناه على المصدق).

رجلٌ قال لآخر: أنت زان فقال آخر: صدقتَ لم يحد هذا المصدق^(٣).
وقال زفر رحمته الله^(٣): يَحْدُّ؛ لأنَّه صَدَّقَ قاذِفُهُ فيما نسبَه إليه فيكون قاذِفًا.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٨، و«المبسوط» ١٢٦/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٦-٤٧٧/٣، و«الهداية» ٣٠٤/٢، و«البحر الرائق» ٤٠/٥.

(٢) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب، ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣١٢/٣، و«المبسوط» ١٢٠-١٢١/٩، و«فتاوى قاضيخان» ٤٧٦/٣.

ولنا^(١): أنَّ هذا التصديق ليس بتصريح بنسبة الزنا إليه مع احتمال التصديق في كلام آخر، إلا أنَّ هذا ظاهرٌ لكنه لا يكفي لإيجاب الحدِّ فإن قال: صدقت فيما قلت حدًّا؛ لارتفاع الاحتمال وظهور إرادة نسبة الزنا إليه صريحًا فصار قاذفًا.

قال: (ولم يجعلوا قوله في خصومةٍ لست بالزاني ولا أُمِّي قذفًا^(٢)).

إذا قال رجلٌ لآخر وهما يختصمان: لست بالزاني ولا أُمِّي زنت فهذا قذفٌ عند مالكٍ رحمته الله^(٣) إذا كان ذلك متعارفًا؛ لأنه تعريضٌ بالآخر، والحالُ والعرفُ يدلان عليه فيحدُّ حدَّ القذف.

وعندنا^(٤): لا يُحدُّ لأنَّ حقيقته /١١٦/ موضوعَةٌ لتزكية نفسه وأمه، والظاهرُ إرادة الحقيقة، واحتمالُ التعريض لا يوجبُ الحدَّ لأنه لا يثبتُ مع الاحتمال^(٤).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٦٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣١٢، و«المبسوط» ٩/١٢٠-١٢١، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٧٦.

(٢) في (ب): (قاذفًا).

(٣) «المدونة الكبرى» ٤/٣٩١، و«التلقين» ٢/٥٠٥، و«المعونة» ٣/١٤٠٧، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/٣١٤.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣١١، و«المبسوط» ٩/١٢٠، و«فتاوى قاضيخان» ٣/٤٧٦.

قال: (ولو اختلفَ شهودُهُ في مكانِهِ أو زمانِهِ فهي مقبولةٌ).

الشاهدان بالقذف إذا اختلفا في مكانِ القذف أو اختلفا في زمانِهِ قبلتْ شهادتُهُما عند أبي حنيفة^(١).

وقال^(١) رحمهم الله: لا تقبلُ.

والأصلُ أنَّ المشهودَ به إن كان قولًا كالبيع والإبراء والإقرار والطلاق والعتاق أو فعلًا ملحقًا به (كالقرض لم يمنع الاختلافُ في الزمان أو المكان قبولَ الشهادةِ بالاتفاق، وإن كان فعلًا كالغصب والجنابة، أو قولًا ملحقًا به)^(٢) كالنكاح فالاختلافُ مانعٌ بالإجماع، والاختلافُ فيما عدا ذلك.

لهما: أنَّ البينة لم تتم على قذفٍ واحد، فإنَّ القذفَ في هذا الزمانِ أو المكانِ غيرُ القذفِ في ذلك المكانِ أو الزمانِ، فصار كما لو شهدَ أحدهما بالقذفِ والآخر بالإقرارِ به، وكما لو شهدَ أحدهما أنه قذفه بالعربية والآخر بالفارسية، فلو كان ملحقًا بالقول لما كان الاختلافُ في الإقرار والإنشاء في اللغة قاذحًا في الشهادةِ كالبيع والإجارة.

وله: أنها شهادةٌ قائمةٌ على القول فلم يضر اختلافُهما في الزمانِ والمكانِ، ولا يشكُلُ بالنكاح، فإنه ملحَقُ بالفعل باعتبارِ أنَّ إحصارَ الشهودِ فيه أو حضورَهم شرطٌ، فلمَّا توقفَ وجودُهُ على فعلٍ ألحقَ به في حقِّ هذا الحكم، أما القذفُ فقوْلٌ حقيقةً ولا توقفَ فيه على الفعلِ فلا يلحقُ به، وهذا لأنهما شاهدان بما يوجبُ الحدَّ واتفقا في اللفظِ والصيغةِ والمعنى فلم يضر الاختلافُ فيما عداها، كما لو شهدَ أحدهما

(١) «المبسوط» ١٠٨/٩، و«فتح القدير» ٣٤٣/٥، و«البحر الرائق» ٣٣/٥، و«حاشية

ابن عابدين» ٤٤/٤.

(٢) ساقطة من (ج).

أنه قال له: زنيّت بفلانة وشهد الآخر أنه (قال:)^(١) زنيّت بفلانة غيرها، وهذا بخلاف ما إذا اختلفا في الإقرار والإنشاء؛ لأنّ الموجب هو صدور اللفظ بصريح الزنا لا ما يكون اللفظ عبارة عنه، ألا ترى أنه لو قيل لرجل: إنّ فلاناً قال: إنك زنيّت وهو حاضر فقال: نعم، لا يحدّ ولفظ الإقرار غير لفظ الإنشاء صورةً ومعنى فلم تتم الشهادة على واحدٍ منهما بخلاف البيع، فإنّ المقصود ما يدلّ عليه اللفظ من مبادلة المال بالمال بالتراضي لا نفس (لفظ)^(٢) العاقد، ودلالة الإقرار والإنشاء في البيع على ما هو المقصود منه حاصل، وبخلاف اختلافهما في اللغة في القذف، فإنّ المراد هو اللفظ لا ما يدلّ عليه اللفظ، فاختلافهما فيه اختلاف في السبب الموجب بخلاف البيع والنكاح، إذ المقصود ما يدلّ اللفظ عليه من حصول مبادلة المال بالمال بالتراضي، فلم يكن الاختلاف فيما يدلّ على ذلك قادحاً^(٣).

قال: (ونردّ شهادة المحدود فيه وإن تاب).

إذا حدّ القاذف ردتّ شهادته أبداً^(٤).

وقال الشافعي^(٥) رَحِمَهُ اللهُ إِذَا تَابَ تَقْبَلُ شَهَادَتُهُ؛ لزوال السبب الموجب للردّ وهو الفسق المنصوص عليه بقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] وأثرُ الفسق في ردّ الشهادة ظاهر، وقد لزمه ذلك إمّا بارتكاب

(١) من (ب، ج).

(٢) «المبسوط» ١٠٨/٩، و«فتح القدير» ٣٤٣/٥، و«البحر الرائق» ٣٣/٥، و«حاشية ابن عابدين» ٤٤/٤.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣٢٨-٣٢٩/٣، و«الهداية» ٤٠٥/٢، و«اللباب» ٢٠٠/٣.

(٤) «الوجيز» ١٧٢/٢، و«غاية البيان» ص ٣٠٠.

الكذب بتقدير الكذب أو باظهار الفاحشة بتقدير الصدق، ولما كانت هذه في نفسها جريمة جعل الشرع الإتيان بالبينه مخلصاً عنها؛ لئلا ينسد باب الحد، فإذا أنتفى المخلص وهي جريمة في نفسها موجبة للفسق فردت الشهادة، فإذا تاب أنتفى الفسق فينتفي الرد.

ولنا^(١): أن رد الشهادة من تمام الحد الذي شرع في مقابلة الرمي مع العجز عن البينة؛ لأن الأمر بالجلد خرج مخرج الجزاء لهذه الجريمة، ورد الشهادة معطوف عليه فيدخل تحت الجزاء ضرورة اشتراك (المعطوف في حكم)^(٢) المعطوف عليه، وفقه هذا أن من فوّت عصمة المال أستحقّ بالسرقة تفويت نعمة البطش، فوجوب القطع لمكان كفران تلك النعمة العظيمة، ومن فوّت بالرمي عصمة العرض المصون أستحقّ تفويت نعمة الكلام (بقطع اللسان)^(٣)، إلا أن الشرع أقام القطع المعنوي بردّ الشهادة التي هي معظم منافع اللسان مقام القطع صورة بمنزلة قطع اليد؛ لأن كلا منهما من تمام الحد، ثم التوبة لا ترفع الحد المستوفى في الماضي فيبقى مردود الشهادة أبداً كما أن السارق مقطوع اليد أبداً^(٤).

قال: (وهو بسوط أو بأكثره أو بتمامه وبه قال)^(٣).

عن أبي حنيفة^(٣) رحمته الله ثلاث روايات أفهمها في المتن بإدخال حرف (أو):

الأولى: أن شهادته تبطل بضرب سوط واحد من الحد^(٤).

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٢٨-٣٢٩، و«الهداية» ٢/٤٠٥، و«اللباب» ٣/٢٠٠.

(٢) ساقطة من (ج).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٢٩، و«المبسوط» ٩/١٣٠، و«الهداية» ٢/٤٠٥.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٢٩، و«المبسوط» ٩/١٣٠، و«الهداية» ٢/٤٠٥.

والثانية: بضرب أكثر الحد^(١).

والثالثة: تُردُّ شهادته بعد تمام الحد وهو قولهما، وفائدة الخلاف تظهر في الذمي يقذف محصناً، فلما ضرب سوطاً أسلم فتمم الحد وهو مسلم، ففي رواية جازت شهادته على المسلمين وعلى أهل الذمة تبعاً لهم، ووجهها أن ردَّ الشهادة من تمام الحد وثبوته عند العجز عن الإتيان بالبينة، والعجز يظهر بضرب سوط؛ لأن القاضي يحرم عليه ضربه /١١٦ب/ ما لم يتحقق عجزه، فكان ضربه جارياً مجرى حكمه فبطلت شهادته التي كانت سائغة^(٢) على أهل الذمة، فإذا أسلم استفاد شهادة لم تكن له، وهي سالمة عن الرد.

وقال^(١): وهي الرواية الأخرى أن الرد موقوف على إتمام الحد؛ لأن الرد من تمام الحد والتمام يعتمد الوجود وما ضرب قبل الإسلام بعض الحد فلا تجوز شهادته إلا إذا أسلم بعد تمام الحد؛ لتنزله منزلة لسان استفادته بعد قطع الأول بخلاف العبد يعتق بعد إقامة الحد؛ لأنه لم تكن (له)^(٣) شهادة فترد إتماماً للحد، وإنما الشهادة الواجبة الرد هي التي استفادها بعد الحرية، فترد.

ووجه الرواية الأخرى: وهي ردُّ شهادة الذمي بضرب أكثر الحد فهو أن الأكثر كل حكمي فيقام مقام الكل الحقيقي^(١).

«اللباب» ٢٠٠/٣.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٢٩، و«المبسوط» ٩/١٣٠، و«الهداية» ٢/٤٠٥،

«اللباب» ٢٠٠/٣.

(٢) في (ب): (سابقة).

(٣) من (ب، ج).

قال: (وتُقبلُ بعدَ الإسلامِ لا العتق).

لأنَّ الشهادةَ المستفادةَ بعدَ الإسلامِ ليست هي الشهادةُ التي كانتَ له حالَ كونهِ ذميًّا وتلك هي المردودة إتمامًا للحدِّ، بخلافِ العبدِ فإنه لا شهادةَ له أصلًا على ما مرَّ^(١).

قال: (ولو قذفَ عبدًا أو أمةً أو كافرًا بالزنا أو قال لمسلمٍ:
يا فاسقُ أو يا خبيثُ أو يا كافرُ عَزَّرَ).

أمَّا الأولُ فلأنه قذفَ بصريحِ الزنا لكن شرط إقامة الحدِّ - وهو الإحصانُ - مفقودٌ فتعين التعزيرُ، وأمَّا الثاني فلأنه قذفَ مسلمًا بغيرِ الزنا فألحقَ به العارَ والشينَ، ولا قياسَ في الحدودِ، فوجب التعزيرُ، إلَّا أنه يبلغُ به غايته في الأول؛ لأنه من جنس ما وجبَ به الحدُّ في المحصنِ، والرأيُ في الثاني إلى الإمام^(٢).

قال: (أو يا حمارُ أو يا خنزيرُ لم يعزَّرَ، وقيل: يعزَّرُ إن كان شريفًا).

أمَّا القولُ الأولُ فوجهه أنه صريحُ الكذبِ فلم يلتحقَ به العارُ، ووجهُ القولِ الثاني أن المقدوفَ إذا كان شريفًا كالعلوي والعباسي والفقهاء تلحقه الوحشةُ بذلك، بخلافِ العاميِّ الذي لا يبالي بذلك، وقد قال بعضهم^(٣):

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣٢٩، و«المبسوط» ٩/١٣٠، و«الهداية» ٢/٤٠٥، و«اللباب» ٣/٢٠٠.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٣١٣، و«المبسوط» ٩/١١٨-١١٩، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٠٨، و«اللباب» ٣/٢٠٠.

(٣) «الهداية» ٢/٤٠٥-٤٠٦، و«الاختيار» ٤/٣٣٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/٧١-٧٢.

إنه يعزز^(١) مطلقاً، اعتباراً للعرف، فإنه يعدُّ (فيه)^(٢) سبباً والتفصيل أحسن، وهو من الزوائد^(٣).

قال: (ويقدر أكثره بخمسة وسبعين سوّطاً وهما بتسعة وثلاثين ولا ينقص في الأقل عن ثلاثة).

أكثر التعزير عند أبي يوسف^(٤) رَحِمَهُ اللهُ خمسة وسبعون سوّطاً في رواية، وفي رواية أخرى تسعة وتسعون^(٥).

وقال أبو حنيفة^(٦) ومحمد^(٦) رحمهما الله: أكثره تسعة وثلاثون. والأصل في ذلك قوله ﷺ: «من بلغ حدّاً في غير حدّ فهو من المعتدين»^(٧).

فأبو حنيفة^(٨) ومحمد^(٨) رحمهما الله نظرا إلى أدنى الحدّ وهو حدّ القذف في العبد فصرفاه إليه وهو أربعون فنقصا منه سوّطاً.

(١) من (أ): (تعزير).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٠٥-٤٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٧١-٧٢.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٠٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٩-٢١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٧١-٧٢، و«اللباب» ٣/ ١٩٨-١٩٩.

(٥) في (ب، ج): (وسبعون).

(٦) «الهداية» ٢/ ٤٠٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٩-٢١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٦٠، و«اللباب» ٣/ ١٩٨-١٩٩.

(٧) رواه البيهقي ٨/ ٣٢٧ من حديث النعمان بن بشير، ومن حديث الضحاك وقال: المحفوظ مرسل. اهـ. ورواه محمد بن الحسن في «الآثار» مرسلًا كما عزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٥٤.

(٨) «الهداية» ٢/ ٤٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٨، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٨٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٩-٢١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٦٠.

وأبو يوسف^(١) رحمه الله اعتبره في الحرِّ إذ الحرية هي الأصل، ثم نقص منه سوطاً وهو القياس وهو قول زفر^(١) رضي الله عنه، وفي رواية الكتابِ نقص خمسة عدل فيها عن القياسِ بأثرِ عليٍّ رضي الله عنه في ذلك فقلَّده، والأدنى مقدَّر بالثلث في الكتاب؛ لأنَّه لا يحصلُ الزجرُ بما دون الثلث، وعن المشايخ أنَّ الرأي في ذلك إلى الإمام؛ لأن ذلك مما يختلف باختلاف الناس. وعن أبي يوسف: ^(٢) «يقدَّر بقدرِ عَظَمِ الذنبِ وصغره. وعنه أنه يقربُ كلَّ نوعٍ من جنسه فيقربُ القبلةَ واللمسَ من حدِّ الزنا، ويقربُ القذفَ بغير الزنا من حدِّ القذفِ بالزنا^(٢)».

قال: (وإن رأى الإمامُ الحبسَ أيضًا فعل).

إذا رأى الإمامُ أنَّ يحبسَ في التعزيرِ مع الضربِ فعل ذلك لأنَّ الحبسَ يصلحُ تعزيراً؛ ولهذا جاز الأكتفاءُ به فجاز ضمُّه أيضًا؛ ولهذا لم يشرع الحبسُ في التعزيرِ للتهمة قبل ثبوت سببه، وشرع في الحدِّ قبل ثبوت سببه؛ لأنَّ الحبسَ نفسه تعزيرٌ، فيؤدي شرعُهُ إلى التسوية بين التهمة والحقيقة بخلاف الحدِّ؛ لأنَّه ليس منه^(٢).

قال: (ويقدمُ التعزيرُ في شدة الضربِ ثم الزنا ثم الشرب ثم القذف).

أشدُّ الضربِ التعزيرُ، لأنه قد جرى التخفيفُ فيه من حيث العدد، فلا يخففُ من حيث الوصفِ وإلا يلزمُ خلوه عن فائدة الزجرِ، ثم حدُّ

(١) «الهداية» ٤٠٦/٢، و«الاختيار» ٣٢٨/٤، و«فتاوى قاضيخان» ٤٨٠/٣، و«تبين الحقائق» ٢٠٩-٢١٠/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٦٠/٤.

(٢) «فتاوى قاضيخان» ٤٨٠/٣، و«الهداية» ٤٠٦/٢، و«الاختيار» ٣٢٨/٤، و«تبين الحقائق» ٢٠٩-٢١٠/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٦٠/٤.

الزنا؛ لأنه ثابت بالكتاب وهو أعظمُ جنايةً من الشربِ حيثُ شرعَ فيه الرجمُ، وحدُّ الشربِ بعدهُ لأنه متيقنٌ بسببه وهو ثابتٌ بقولِ الصحابةِ رضي الله عنهم، ثم حدُّ القذفِ؛ لأن سببه محتملٌ لجوازِ صدقِ القاذفِ، وقد جرى فيه التغليظُ من حيثُ ردُّ الشهادةِ التي نزلتْ منزلةَ قطعِ لسانه فتخففُ من حيثُ الوصفِ^(١).

قال: (ويعزُّرُ زوجته عن تركِ الزينةِ وغسلِ الجنابةِ والخروجِ

من المنزلِ وتركِ الإجابةِ إلى الفراشِ).

لوجوبِ طاعتهِ عليها^(٢) وطاعةِ الله تعالى فيما أمرَ فيعزُّرُ على المخالفةِ وهذه من الزوائد^(٣).



(١) «الهداية» ٤٠٦/٢، و«الاختيار» ٣٢٨/٤، و«تبيين الحقائق» ٢١٠/٣، و«اللباب» ١٩٩-١٩٨/٣.

(٢) في (ب): (إليها).

(٣) «الاختيار» ٣٣٣/٤، و«فتح القدير» ٣٤٥/٥، و«تبيين الحقائق» ٢١١/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٧٧/٤.

فصل في

حد السرقة وإثباتها وكيفية القطع

قال: (إذا سرق عاقلٌ بالغٌ من حرزٍ نصابًا لا شبهةً له فيهما ونقدَّره بعشرة دراهمٍ مضروبةٍ أو ماهي قيمته لا بربع دينارٍ /١١٧/ وجودتها شرط. ويخالفه في الزيوفِ الرائجة فشهدَ عليه أثنان، فسُئلا عن ماهيتها وكيفيتها وزمانها ومكانها أو أقرَّ مرةً. ويعتبرُهُ مرتين قطعُ يمينه من الزندِ وحسمُ بعد خصومة المسروقِ منه، وقطعناه بدعوى المودع والمستعير والمضارب مع غيبة المالك).

السرقة في اللغة: أخذُ الشيء خفيةً بغيرِ إذنِ صاحبه مالا كان أو غيره^(١).

وفي الشرع: أخذُ العاقلِ البالغِ نصابًا محرزًا أو ما قيمته نصابٌ ملكًا للغير ولا شبهةً له فيه ولا في الحرزِ على وجه الخفية^(٢). ويعتبرُ المعنى اللغوي في ابتداء السرقة وانتهائها أو في ابتدائها فيما إذا نقبَ البيتَ خفيةً وأخذَ المالَ مكابرةً، ولا يكونُ ذلك إلا ليلاً، فإنه في النهار يلحقه الغوث فلا يمكنه ذلك فلا يقطعُ فتشترطُ الخفية ليلاً

(١) «مختار الصحاح» ص ٢٧٢ مادة سرق، و«المصباح المنير» ص ١٦٦ مادة سرق، و«المعجم الوسيط» ٤٢٧/١ مادة سرق.

(٢) «الاختيار» ٣٤١/٤، و«تبيين الحقائق» ٢١٢/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٨٢/٤، و«البحر الرائق» ٥٤/٥.

ونهارًا، فالسرقة (الأدنى)^(١) مسارقة عين المالك أو من يقوم (مقامه)^(٢) وفي السرقة الكبرى وهي قطع الطريق مسارقة عين الإمام ومن يقوم مقامه من أعوانه، لأنهم أعينّه على حفظ الأموال^(٣).

وشُرط البلوغ والعقل لأنّ فعل الصبي والمجنون لا يُعدّ جناية فلا يترتب عليه الحد الذي شرع للزجر ولم تشترط الحرية؛ لأنّ العبد كالحُرّ في السرقة لإطلاق النصّ وهو قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ولأنّ القطع لا يمكن تنصيفه فكمل في العبد صيانة لأموال الناس، وشُرط الحرز لأن الاستسرار^(٤) والاختفاء لا يظهر دونه، وسيأتي الكلام فيه^(٥).

وأما النصاب فشُرط لأنه لا بدّ من اعتبار مال له خطر؛ لأن ما ليس بخطر تفتت الرغبة عنه ولا يؤخذ على وجه الخفية ولا يتحقق فيه ركن السرقة فلا يترتب على أخذه حكم الزجر؛ لأن الزجر يشرع فيما يغلب وجوده، وشُرط عدم الشبهة فيهما أي في الحرز والنصاب؛ لأن الشبهة دائرة للحدّ، والنصاب مقدّر بعشرة دراهم عندنا^(٦).

(١) في (أ): (إذن).

(٢) في (ب): (مقام المالك).

(٣) «المبسوط» ١٣٣/٩، و«الهداية» ٤٠٨/٢، و«الاختيار» ٣٤١/٤، و«تبين الحقائق» ٢١٢/٣.

(٤) في (ب): (الاستحراز).

(٥) «المبسوط» ١٣٣/٩، و«بدائع الصنائع» ١٠٧-١٠٨/٧، و«الهداية» ٤٠٨/٢.

(٦) «المبسوط» ١٣٧/٩، و«الهداية» ٤٠٨-٤٠٩/٢، و«تبين الحقائق» ٢١٢-٢١٣/٣، و«الاختيار» ٣٤٣/٤، و«اللباب» ٢٠٢/٣.

وقال الشافعي^(١) رَحِمَهُ اللهُ: مقدارُ ربع دينارٍ، وعند مالك^(٢) رَحِمَهُ اللهُ بثلاثة دراهمٍ، والأصلُ فيه ما روي أنَّ اليدَ كانت لا تقطعُ على عهدِ رسولِ الله ﷺ إلا في ثمنِ المجنِّ^(٣)، ونقل في تقديره عشرة دراهمٍ وثلاثة دراهمٍ، فالشافعي^(٤) ومالك^(٥) رحمهما الله يأخذان بالمتيقن وهو أقلُّ ما نقل فيه، والشافعي يقول^(٦): إن الدينارَ كان على عهدِ رسولِ الله ﷺ اثنا عشر درهماً والثلاثة ربعها، وعلمائنا أخذوا فيه بالأكثر، احتيالاً لدرءِ الحدِّ؛ لأنَّ في الأقلِّ شبهةَ عدمِ الجناية، كيف وقد يؤيدُ بما روي من قوله ﷺ: «لا قطعُ إلا في دينارٍ أو عشرة دراهمٍ»^(٧)، واسمُ الدراهم لما لم ينطلقُ إلا على المضروبة منها في العُرفِ أشرطه في الكتابِ، وهو ظاهرُ الرواية، وهو الأصحُّ رعايةً لكمالِ الجناية، وفائدةُ ذلك تظهُرُ فيما لو سرقَ عشرةً تبرأَ قيمتها أنقصُ من عشرةٍ مضروبةٍ لم تقطعُ، والمعتبرُ في هذه الدراهم وزنُ سبعة مثاقيل كما في الزكاة؛ لأنه هو المتعارف، والأصل فيه أنَّ النقودَ على عهدِ رسولِ الله ﷺ^(٨) وعهدِ

(١) «الأم» ١٣٠/٦، و«المهذب» ٢٧٨/٢، و«الوجيز» ١٧١/٢، و«حلية العلماء» ٤٩/٨.

(٢) «التفريع» ٢٢٧/٢، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣٢٦/٣.

(٣) المجن: هو الترس، لأنه يوارى حامله أي يستره والميم زائدة «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٣٠٨/١ مادة جنن.

(٤) «التنبيه» ص ٢٤٥، و«غاية البيان» ص ٣٠٠-٣٠١، و«تكملة المجموع» ٣٦٩/٢١.

(٥) «التفريع» ٢٢٧/٢، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣٢٦/٣، و«حلية العلماء» ٤٩/٨.

(٦) «المجموع» ٣٦٩/٢١، و«التنبيه» ص ٢٤٥.

(٧) رواه الترمذي معلقاً عن ابن مسعود، وقال: مرسل، والعلم على هذا عند بعض أهل العلم، وهو قول سفيان الثوري وأهل الكوفة، قالوا: لا قطع في أقل من عشرة دراهم.

(٨) ما بين القوسين ساقط من (ج).

أبي بكر رضي الله عنه كانت متفاوتةً، فمنها ما كان الدرهمُ عشرين قيراطًا، ومنها ما كان عشرة قاريط وهو الذي يسمى وزن خمسة مثاقيل، ومنها ما كان اثني عشر قيراطًا، وهو الذي يُسمَّى وزنُ ستَّةِ مثاقيلَ فلمَّا كان زمنُ عمرَ رضي الله عنه وطلب الناسُ منه أن يجمعَهُم على نقدٍ واحدٍ أمر بأن يؤخذَ من كلِّ نوعٍ من هذه الأنواعِ درهم، فجمع فكان اثنين وأربعين قيراطًا، وأمر أن تضربَ ثلاثة دراهمَ فكان كلُّ درهمٍ أربعة عشر قيراطًا، وهو وزنُ سبعة مثاقيل، واستقرَّ الأمرُ على ذلك إلى يومنا هذا ذكره في «المبسوط»^(١).

وقوله: (أو ما هي قيمته) أي: وتقطع بسرقة (شيءٍ قيمته)^(٢) عشرة دراهم، وفيه دلالةٌ على أن الاعتبارَ في القيم بالدراهم ولو كان المسروقُ ذهبًا، وجودةُ الدراهم شرطٌ عند أبي حنيفة^(٣) رحمته الله.

وقال أبو يوسف^(٤) رحمته الله: إذا سرق عشرة دراهم وهي زيوفٌ رائجةٌ فقد سرق نصابًا؛ لأنها إذا كانت تروِّج ساوت الجياد فلم يظهرِ النقصانُ.

وأبو حنيفة رحمته الله^(٤) يقول: مائةُ الزيوفِ أقلُّ من مائةِ الجياد، والماليةُ مما يرغبُ فيها فتمكنُ النقصانِ. فيها كتمكنه في نفس العين حتى لو سرق من الزيوف ما يساوي عشرة دراهم قطع إجماعًا؛ لأنَّه لا نقصانَ في

(١) «المبسوط» ١٣٨/٩-١٣٩.

(٢) من (ب، ج).

(٣) «الاختيار» ٣٤٣/٤، و«فتح القدير» ٣٥٩/٥، و«البحر الرائق» ٥٤-٥٥، و«تبيين الحقائق» ٢١٢/٣-٢١٣.

(٤) «بدائع الصنائع» ١٢٦/٧، و«فتح القدير» ٣٥٩/٥، و«البحر الرائق» ٥٥/٥، و«تبيين الحقائق» ٢١٣/٣.

المالية^(١)، ثم السرقة تثبت بشهادة رجلين^(٢)، وقد مرَّ أن (شهادة النساء)^(٣) مع الرجال غير مقبولة في الحدود، ويسألهما القاضي عن ماهية السرقة وكيفيتها ومكانها وزمانها؛ لأنَّ ذلك مما يلتبس على كثير من الناس فيسأل الشهود عنه احتياطاً في الحدود، ويجوز أن تظهر من شرحهم لذلك شبهة دارئة للقطع، إما باعتبار شبهة في الحرز أو في المال أو يختلف زمان الشهادتين ومكانهما / ١١٧ب / فلا تتم البينة^(٤)، وهذه من الزوائد. ويثبت بالإقرار مرة عند أبي حنيفة^(٥) ومحمد^(٥) رحمهما الله.

وقال أبو يوسف^(٥) رَحِمَهُ اللهُ: لا تقطع حتى يقرَّ مرتين؛ لأن الموضع موضع الاحتياط بدليل اعتبار صفة الذكورة في الشاهد، فكان اعتبار عدد الإقرار فيه بعدد الشهود من باب الاحتياط اعتباراً بالزنا.

(ولهما^(٥)): أن التكرار في الإقرار غير مفيد. فلا يعتبر كما في القصاص والقذف، وإنما اعتبر في باب الزنا)^(٦) على خلاف القياس فلا يتعدى مورد النص.

(١) «المبسوط» ١٣٨/٩، و«الهداية» ٤٠٨/٢-٤٠٩، و«الاختيار» ٣٤٣/٤، و«اللباب» ٢٠١/٣.

(٢) «المبسوط» ١٤٢/٩، و«الهداية» ٢٠٢/٣، و«الاختيار» ٣٤٥/٤، و«اللباب» ٢٠٢/٣.

(٣) في (أ)، (ب): (شهادتهن).

(٤) «المبسوط» ١٤٢/٩، و«الهداية» ٤٠٩/٢، و«الاختيار» ٣٤٥/٤، و«تبيين الحقائق» ٢١٣-٢١٤/٣.

(٥) «الهداية» ٤٠٩/٢، و«الاختيار» ٣٤٥/٤، و«درر الحكام» ٧٨/٢، و«اللباب» ٢٠٢/٣.

(٦) ساقطة من (ب).

وقد قال محمد^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إذا لم أقطع بالمرة الأولى لم أقطعهُ أصلاً ؛ لأن الخصومة أنقطعت بالإقرار أول مرة كما لو ردَّ عليه المسروق فلم يكن الإقرار الثاني بعد أنقطاع الخصومة مفيداً للقطع ، كما لو ردَّ المسروق ثم أقرَّ بالسرقة فإنه لا يقطع ، ثم خصومة المسروق منه. ودعواه شرط القطع ؛ لأنَّ الخصومة شرط لظهور السرقة وكذا حضوره شرط القطع ؛ لأنَّ الإمضاء من القضاء في باب الحد^(٢) لا احتمال أنَّ نهبه المسروق أو نملكه إياه فيسقط القطع ، فإذا حضر أنتفى الاحتمال ، وإذا خاصم المستودع أو المضارب أو المستعير قطع بدعواهم مع غيبة المالك^(٣).

وقال زفر^(٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لا تقطع بدعوى هؤلاء من دون حضور المالك ؛ لأنَّه أستيفاء مع قيام الشبهة ، فلا يجوز^(٣) ، وهذا لأنَّ المالك لو حضر فعساه يقرُّ له بملك المسروق أو بكونه مأذوناً له في الأخذ من جهته ؛ ولهذا فإنَّ القصاص في النفس لا يستوفى بخصومة المودع ولا غيره مع غيبة المالك ؛ ولأنَّ المال مضمونٌ على السارق وفي أستيفاء القطع إسقاط لزمانه وتفويت لعصمته فلا يستوفى بخصومته.

ولنا^(٣) : أن السرقة الموجبة للقطع ظهرت عند القاضي بالحجة بدعوى معتبرة مطلقاً ؛ لأنَّ هؤلاء حقَّ اليد الصحيحة فكان لهم الخصومة في أسترادها ؛ لكون اليد مقصودة كالملك ، ألا ترى أن الغاصب يضمن

(١) «المبسوط» ١٨٢/٩ ، و«الاختيار» ٣٤٥/٤ ، و«تبيين الحقائق» ٢١٣/٣ ، و«فتح القدير» ٣٦٠/٥.

(٢) في (ب، ج) : (الحدود).

(٣) «بدائع الصنائع» ١٣٣/٧ ، و«المبسوط» ١٤٤/٩ ، و«الهداية» ٤٠٩/٢ ، و«البحر الرائق» ٦٨/٥.

الأمين بتفويت يده فكان مقصوداً، وإذا ثبت له الخصومة في إثبات إزالة يده ثبت له في إثبات سبب إزالتها وهي السرقة، كمن ادعى في يد آخر شيئاً أنه له اشتراه من فلان وأقام بينة قبلت، حتى لو قدم البائع فأنكر لم يلتفت إلى إنكاره؛ لأنه لما كان خصماً في إثبات الملك لنفسه كان خصماً في إثبات سببه، فكذا هذا، وإذا ظهرت السرقة بخصومة عند القاضي بغير شبهة؛ لأنه أصل في هذه الخصومة لا باعتبار (النيابة)^(١) عن المالك، ألا ترى أنه لا يضيف بخصومته إلى المالك، فوجب القطع إقامة لحق الله تعالى، وما ذكر من شبهة إقرار المالك له فلا اعتبار لها، ألا ترى أن لرب الوديعة أن يقطع بدون حضور المودع وإن كانت شبهة إذنه له في دخول الحرز ثابتة، والمعتبر إنما هي موجوده في الحال لا متوقعة الوجود في المال؛ ولهذا يقطع بالإقرار وإن كان يتوهم رجوعه عنه في ثاني الحال، وأما سقوط عصمة المال فثبت ضمناً لاستيفاء حق الشرع فلا يضاف ذلك إلى المودع؛ لأن قصد المودع بالخصومة إحياء حق المالك لا إسقاطه فلم تكن خصومتهم مفضية لتخلل فعل فاعل مختار فأضيف الحكم إليه لا إلى السبب، وتركت الخلاف المذكور في «المنظومة»^(٢) مع الشافعي^(٣) رَحِمَهُ اللهُ فِي أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ بِالسَّرْقَةِ مِنَ الْمُسْتَوْدَعِ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي «الْوَجِيز»^(٤): وَيَقْطَعُ بِسَّرْقَةِ الْمَالِ مِنْ يَدِ الْمَوْدَعِ وَالْوَكِيلِ وَالْمَرْتَهَنِ.

(١) في (ب، ج): (النهاية).

(٢) «المنظومة» ١٤١.

(٣) «الأم» ١٣٣/٦، و«المهذب» ٢٧٨-٢٧٩، و«روضة الطالبين» ٣٢٩/٧.

(٤) «الوجيز» ١٧٣/٢.

وقوله: (قطعت يمينه من الزند وحسمت) بيان لكيفية القطع. أما نفس القطع فلقوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وأما أن اليد مفسرة باليمين فلقراءة ابن مسعود رضي الله عنه: فاقطعوا أيماهما^(١)، وأما كونه من الزند فلما صح أنه ﷺ أمر بقطع السارق من الزند، وأما الحسم^(٢)، فلقوله ﷺ: «فاقطعوه واحسموه»^{(٣)(٤)}، ولأن الحسم مانع من نزع الدم المفضي إلى الهلاك، والهلاك غير مراد بل المراد حصول الزجر، فكان الحسم مأموراً به لذلك^(٥).

قال: (فإن ثنى قطعت رجله اليسرى، وإن ثلث خُلد حبسه حتى يتوب ولا تقطع يده اليسرى ثم رجله اليمنى في الرابعة).

إذا قطع السارق فعاد فسرق ثانية قطعت رجله اليسرى من المفصل وحسمت كما مر، فإن عاد فسرق لا يقطع بل يخلد في السجن حتى يتوب ويظهر عليه سيماء التائبين.

(١) سنن البيهقي ٢٧٠/٨، وقال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٧١/٤: (فيه أنقطاع)، وضعفه الألباني في الإرواء ٨١/٨.

(٢) «المبسوط» ١٦٧-١٦٨/٩، و«الهداية» ٤١٦/٢، و«الاختيار» ٣٥٠/٤، و«اللباب» ٢٠٨/٣.

(٣) «سنن الدارقطني» ص ٣٣١، و«مستدرک الحاكم» ٣٨١/٤، و«سنن البيهقي» ٢٧٥-٢٧٦/٨. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي وضعفه الألباني في الإرواء ٨٤/٨.

(٤) أحسموه: أي: أقطعوا يده ثم أكووها لينقطع الدم. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٣٦٨/١.

(٥) «المبسوط» ١٦٧-١٦٨/٩، و«الهداية» ٤١٦/٢، و«الاختيار» ٣٥٠/٤، و«اللباب» ٢٠٨/٣.

وذكر المشايخ أنه يعزّر أيضاً بما يراه الإمام (رأدعاً^(١))^(٢).

وقال الشافعي^(٣) رَحِمَهُ اللهُ: إذا سرقَ ثالثةً قطعَ يده اليسرى وفي الرابعة تقطعُ رجله اليمنى. وهذا تفسيرٌ لما في «المنظومة»^(٤) من قوله: وتقطعُ الأطرافُ في المراتِ، فإنه أهملَ الترتيبَ. له قوله رَحِمَهُ اللهُ: «من سرقَ فاقطعوه، فإن عادَ فاقطعوه، فإن عادَ فاقطعوه»^(٥)، وروي على ما فصلناه في رواية أخرى، ولأنَّ الحدَّ شرعٌ زاجراً، والسرقةُ الثالثةُ مثلُ الأولى في أنها جناية تستدعي الزاجر عنها بل فوقها؛ لأنه أقدمُ عليها / ١١٨/ مع تقدُّمِ الزجرِ عن الأولى والثانية، فكان إقدامه عليها مع هذه الحالة أدعى إلى شرعية الزجر.

ولنا^(٦): قولُ عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في السارقِ ثالثةً: إني لأستحي من الله أن لا أدعَ له يداً يأكلُ بها ويستنجي بها ورجلاً يمشي عليها. ووقعت المحاجة بذلك بينه وبين الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ فانقادوا له، وانعقد إجماعهم عليه ولأنَّ الحدَّ شرعٌ للزجر لا للإتلاف، وفي قطع أطرافه إتلاف معنٍ بتفويت جنسٍ منفعة البطش والمشي؛ ولأنَّ الإقدامَ مع تحقيق الزجر، مرتين في غاية الندرة فلا يتعلق به الزاجر؛ لأنَّه فيما يغلب وجوده لا فيما

(١) «المبسوط» ١٦٧/٩، و«الهداية» ٤١٧/٢، و«الاختيار» ٣٥٠/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٢٥/٣، و«اللباب» ٢٠٨/٣.

(٢) في (ب): (راتباً).

(٣) «الأم» ١٥٠/٦، و«المهذب» ٢٨٤/٢، و«تكملة تكملة المجموع» ٤٢١/٢١-٤٢٢.

(٤) «المنظومة» لوحة (١٢٧).

(٥) روى أبو داود نحوه (٤٤١٠) من حديث جابر بن عبد الله.

(٦) «بدائع الصنائع» ١٣٩/٧، و«المبسوط» ١٦٨/٩، و«الهداية» ٤١٧/٢، و«الاختيار» ٣٥١-٣٥٠/٤.

يندر، ولا يُردُّ القصاصُ لأنه حقُّ العبدِ فيستوفى ما أمكن أستيفاؤه؛ لأنَّ وجوبه للجبر لا لمحضِ الزجر، وما رواه قد طعن فيه الطحاوي رحمته الله وغيره من نقاد الحديث^(١).

قال: (ولا تقطع إذا كانت يده اليسرى أو رجله اليمنى شلاء أو مقطوعة).

إذا كان السارقُ أقطعَ اليدِ اليسرى أو أشلَّ اليدِ اليسرى أو مقطوعَ الرجلِ اليمنى أو أشلَّ الرجلِ اليمنى لم يقطع؛ لأنَّ في القطعِ تفويتَ جنسٍ منفعةِ البطشِ بقطعِ اليمنى، وكذلك تفويتُ منفعةِ المشي؛ لأنَّه إذا قطعتُ يده اليمنى ورجله اليمنى مقطوعةً أو شلاءً لا يستطيعُ المشي أو كانت إبهامه من اليدِ اليسرى مقطوعةً أو شلاءً، أو كانت إصبعان منها سوى الإبهام كذلك لم تقطع لفوات معنى البطش بقطع الإبهام وتقطع؛ لو كانت الشلاء أو المقطوعة إصبع واحدة سوى الإبهام؛ لأنَّ ذلك لا يوجبُ خللاً ظاهراً في البطش، بخلاف الإصبعين فإنهما يتزلمان منزلة الإبهام في فوات البطش بفواتهما^(١).

قال: (وقاطع اليسار مأموراً باليمين غير ضامن وضمناءه في العمد).

إذا قال القاضي للحداد^(٢) أقطع، يمين هذا السارق فقطع يساره لا شيء عليه عند أبي حنيفة^(٣) رحمته الله مطلقاً عمداً كان أو خطأً.

(١) «المبسوط» ١٧٥/٩، و«الهداية» ٤١٧/٢، و«الاختيار» ٣٥١/٤، و«اللباب» ٢٠٩/٣.

(٢) في (ب): (للجلاد).

(٣) «بدائع الصنائع» ١٤٠-١٤١/٧، و«مختصر الطحاوي» ص ٢٧٥، و«المبسوط»

١٧٦/٩، و«الهداية» ٤١٧/٢.

وقالاً^(١): إن كان خطأ لم يضمن، وإن تعمد ذلك ضمنها.

ومذهب زفر^(٢) رَحِمَهُ اللهُ وجوبُ الضمانِ مطلقاً وهو القياسُ، والمرادُ بهذا الخطأ هو الخطأ في الاجتهاد، أمّا إذا كان الخطأ في معرفة اليمين من اليسار لا يكون ذلك عذراً (وقيل: يجعل عذراً)^(٣) أيضاً، ووجهُ القياسِ أنه قطع يداً معصومةً، والخطأ موضوعٌ في حقِّ الله تعالى لا في حقِّ العبدِ فيضمنها.

ولهما^(٤): أنه قطع يداً معصومةً عمداً ولا تأويلَ له لتعمده الظلم فلا يعفى، وإن كان في الاجتهادات فوجب أن يجب القصاصُ لكنه يسقط للشبهة، فتعين الضمان.

وله: أنه أتلَفَ يساره وأخلف ما هو خيرٌ له منها فلم يكن متلفاً، كمن شهد على غيره ببيع ما له مثل قيمته ثم رجع. وعلى هذا لو قطعهُ آخرٌ غير الحداد لا يضمن أيضاً وهو الصحيح، وجوابُ زفر رَحِمَهُ اللهُ أن الخطأ في الاجتهاد موضوعٌ، وروى الحسنُ عن أبي حنيفة^(٥) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال: إن قال القاضي: أقطع يده فقطع يساره لم يضمن، وإن قال: أقطع يمينه فقطع يساره عمداً فعليه القصاص.

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) «بدائع الصنائع» ١٤١/٧، و«الهداية» ٤١٧/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٢٦/٣.

(٣) من (ب، ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٥، و«المبسوط» ١٧٦/٩، و«بدائع الصنائع» ١٤٠/٧، و«الهداية» ٤١٧/٢.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٥، و«المبسوط» ١٧٦/٩، و«الهداية» ٤١٧/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٢٦/٣.

قال: (والشهادة بسرقة بقره مع الاختلاف في لونها مقبولة).

رجلان شهد أحدهما أن فلاناً سرق بقره سوداء والآخر أنه سرق بقره بيضاء تقبل الشهادة عند أبي حنيفة^(١) رَحِمَهُ اللهُ وَيَقْطَعُ السَّارِق.

وقال^(١): لا تقبل؛ لأنَّ الشهادة لم تتم على سرقة واحدة فتزل منزلة اختلافهما في الذكورة والأنوثة وكالغصب وكالاختلاف في القيمة.

وله: أن هذا الاختلاف فيما لا يجب على الشهود ذكره مع إمكان التوفيق بين الشهادتين لكون البقرة المشهود بسرقتها واحدة وكل (واحد)^(٢) من الشاهدين شاهد اللون الذي ذكره، والبيئة يجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن بما ذكرنا فيصار إليه، بخلاف الاختلاف في الذكورة والأنوثة؛ لعدم إمكان التوفيق وبخلاف الغصب؛ لأنه يقع في النهار غالباً؛ لأنه أخذ مال على وجه الغلبة والقهر دون الخفية والاستسرار فيتمكن الشاهد من الاحتياط في تحمل الشهادة، وفي السرقة تحمل الشهادة يقع غالباً ليلاً، ومن بعد فيعفى في تحمل الشهادة في هذا التفاوت، ويوفق بينهما لأنه موضع اشتباه وبخلاف الاختلاف في القيمة؛ لأنَّ الشهود مكلفون بذكر القيمة إذا كانت غائبة وبالإشارة إلى عينها إن كانت حاضرة، فاختلفا فيها كاختلافهما في نفس الشهادة^(٣).

(١) «المبسوط» ١٧٦/٩، و«الهداية» ٤١٧/٢، و«الاختيار» ٤١٨/٢، و«البحر الرائق» ١١٦/٧.

(٢) من (ب).

(٣) «المبسوط» ١٦٢-١٦٣/٩، و«الهداية» ١٤٢/٣، و«الاختيار» ٤١٨/٢، و«البحر الرائق» ١١٦/٧.

قال: (ولو أقرَّ عبدٌ (محجورٌ) ^(١) بسرقة نصابٍ معينٍ فكذبه مولاه فالواجبُ القطعُ والردُّ إلى المسروقِ منه ويقطعه، ويجعلُ المالَ للمولى، ووافق في الثاني).

العبدُ المحجورُ عليه إذا أقرَّ أنه سرقَ هذه العشرةَ دراهمَ من مالِ فلانٍ فكذبه المولى.

قال أبو حنيفة ^(٢) رَحِمَهُ اللهُ: تقطع ويردُّ المالُ إلى من أقرَّ بالسرقَةِ منه.

وقال أبو يوسف ^(٢) رَحِمَهُ اللهُ: يقطع والعشرةُ للمولى.

وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ ^(٢): لا يقطع والعشرةُ / ١١٨ ب/ للمولى.

وقوله: (ووافق في الثاني) قرينةٌ دالةٌ على مخالفتِهِ في الأول، والموافقةُ والمخالفةُ راجعان إلى أبي يوسف ^(٢) رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّه أقربُ المذكورين، ولو كان العبدُ أقرَّ بسرقةَ مالٍ مستهلكٍ قطعت يده باتفاق من علمائنا، ولو كان مأذوناً له تقطعُ في القائم والمستهلك.

وقال زفر ^(٢) رَحِمَهُ اللهُ: لا تقطعُ في الوجوهِ كُلِّها؛ لأنَّ إقراره واردٌ على نفسه وطرْفه، وكلُّ ذلك مالُ المولى فلم ينفذُ إقراره على غيره، إلَّا أنَّ المأذونَ له يؤخذُ بالضمانِ وبالمالِ لصحةِ إقراره به من جهةِ تسليطِ المولى إياه على ذلك.

ولنا ^(٢): أنَّ العبدَ من حيث إنه مالٌ هو مملوكٌ لا من حيث إنه آدميٌّ مكلفٌ، والإقرارُ بالجناية من خواصِّ الآدمية؛ لأنَّه مبنيٌّ على التكليف، والتكليفُ من خواصِّ الآدمية، وكان إقراره بالجناية كإقرارِ الحرِّ بها ثم

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٥، و«المبسوط» ١٨٣/٩، و«بدائع الصنائع» ١٣١/٧ -

١٣٢، و«الهداية» ٤٢٠/٢، و«البحر الرائق» ١١٦/٧.

يتعدى إقراره بالمالِ ضمناً وتبعاً لا مقصوداً، والإقرار (به) ^(١) ينفذ ^(٢) على الغير إذا لم يشتمل على تهمة كشهادة الواحد برؤية الهلال، وهذا الإقرار يضره فتقبل على المولى؛ لعدم التهمة.

لمحمد ^(٣) في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ألا ترى أنه لا يصح (منه) ^(٤) بالغصب فكان ما في يده لمولاه، والعبد لا يقطع في السرقة من مال مولاه ولأن، المال ^(٥) أصل والقطع تابع (ولهذا) ^(٦) فإن الخصومة تُسمع في المال وحده وتثبت بأن يقول: أخذ مني. ولا يقول: سرق مني، ولا تُسمع في القطع وحده ولا يثبت، وقد بطل فيه، وهو أصل فيبطل في التابع، بخلاف المأذون لصحة الإقرار بالمال، فتصح في القطع تبعاً.

ولأبي يوسف ^(٧) رحمه الله أن إقراره تضمن على شيئين: القطع وهو على نفسه، والمال (وهو على المولى) ^(٨)، فيصح فيما هو على نفسه لما مرّ دون ما هو على مولاه، والقطع يستحق بدون المال، كما إذا قال حرّ: الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو، وزيد يقول: هو ثوبي. فإنه يقطع والثوب لا يؤخذ من زيد.

(١) من (ج). (٢) في (ب): (لا ينفذ).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٥، و«المبسوط» ١٨٣/٩، و«بدائع الصنائع» ١٣١/٧ - ١٣٢، و«الهداية» ٤٢٠/٢، و«البحر الرائق» ١١٦/٧، و«تبين الحقائق» ٢٣١/٣.

(٤) من (ب). (٥) في (ب): (المولى).

(٦) من (ب، ج).

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٥، و«المبسوط» ١٨٣/٩، و«بدائع الصنائع» ١٣١/٧ - ١٣٢، و«الهداية» ٤٢٠/٢، و«تبين الحقائق» ٢٣١/٣.

(٨) ساقطة من (ب).

ولأبي حنيفة^(١) رحمته الله أَنَّ إقراره بالقطع صحيح لما مرَّ فيصح في المال مرتباً عليه، إذ الإقرار يلاقي حالة البقاء، فإنه إخبارٌ بالسرقة بعد وجودها والمال حالة البقاء تابع للقطع، ألا ترى أنه تسقط عصمة المال بالقطع ولو كان أصلاً لما سقط، والقطع يستوفى مع استهلاك المال، ولو كان أصلاً لوجب قيامه حال القطع، بخلاف مسألة الحر؛ لأنَّ القطع يجب بالسرقة من المودع فيحكم بأن عمراً كان مودعاً لزيد، أما العبد فلا يقطع بالسرقة من المولى فافترقا، ولو كان المولى صدقه قطع (العبد)^(٢) في الفصول كلها لزوال المانع وهو حقه^(٣).

قال: (وإذا قطع والعين قائمة ردت، أو مستهلكة لم يضمن والضمان به رواية، ولم يجمعوا بينهما ليساره وقت القطع فمنعه مطلقاً).

إذا قطع السارق والعين المسروقة قائمة موجودة ردت إلى صاحبها؛ لقيام ملكه فيها، وإن كانت مستهلكة لم يضمن، وهذا هو المشهور، وهو رواية أبي يوسف^(٣) رحمته الله عنه، وإذا لم يضمن بالاستهلاك فأولى أن لا يضمن بالهلاك.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة^(٤) رحمته الله أنه لا يضمن في الهلاك ويضمن في الاستهلاك.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٥، و«المبسوط» ١٨٣/٩، و«بدائع الصنائع» ١٣١/٧ -

١٣٢، و«الهداية» ٤٢٠/٢، و«تبين الحقائق» ٢٣١/٣.

(٢) في (ج): (اليد).

(٣) «المبسوط» ١٥٦/٩، و«الهداية» ٤٢١/٢، و«الاختيار» ٣٥٢/٤، و«اللباب» ٢١٠/٣.

(٤) «المبسوط» ١٥٦/٩، و«الهداية» ٤٢١/٢، و«الاختيار» ٣٥٢/٤.

وقال الشافعي^(١) رَحِمَهُ اللهُ: يضمن^(٢) في الهلاك والاستهلاك.
وقال ابن القاسم^{(٣)(٤)} صاحب مالك رحمهما الله يشترط يساره من
حين السرقة إلى القطع.

وقال أشهب^(٥): يشترط يساره إلى أن تقام عليه السرقة.
وقد أختار في الكتاب الأول اعتباراً للعجز الحالي (به)^(٦) والقدرة^(٧)
الحالية إلا أنا نقول: إن وجب الضمان فحقه ليس بمتعين في الحال بل عند
اليسار، وإن لم يجب الضمان وجب أن لا يطالب به مطلقاً لا في الحال
ولا بعده.

وللشافعي^(٨) رَحِمَهُ اللهُ أن القطع والضمان حقان مختلفا السبب فيستوفى
(في)^(٩) كل منهما ولا يمتنع أحدهما للآخر، أما القطع فإنه حق الشرع،

(١) «المهذب» ٢/٢٨٥، و«الوجيز» ٢/١٧٨، و«حلية العلماء» ٨/٧٧، و«روضة
الطالبين» ٧/٣٥٩.

(٢) في (ج): (لا يضمن).

(٣) «التفريع» ٢/٣٢٠، و«المعونة» ٣/١٤٢٨-١٤٣٠، و«عقد الجواهر الثمينة»
٣/٣٣٧، و«بداية المجتهد» ٢/٨٠٤.

(٤) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي، أبو عبد الله المصري مولى
زيد بن الحارث العتقي، روى عن مالك والليث بن سعد وعبد العزيز بن الماجشون
وروى عنه أصبغ بن الفرغ وسجنون وعيسى بن دينار، توفي سنة ١٩١ هـ.
«تقريب التهذيب» ص ٣٤٨.

(٥) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم أبو عمر القيسي العامري الجعدي، من
أهل مصر ولد سنة (١٤٠) وقيل (١٥٠) وتوفي في مصر سنة (٢٠٤).
«شذرات الذهب» ٢/١٢.

(٦) من (ج). (٧) في (ب): (الندرة).

(٨) «الأم» ٦/١٥١، و«المهذب» ٢/٢٨٥، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/٤٢٣.

(٩) من (ب).

وسببه ترك الأنتهاء عما نهى عنه، وأمّا الضمان فحق العبد، وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم، فإنه يجب قيمته لحق المال^(١) وقيمة أخرى لحق الحرم وشرب خمر مملوك لذمي حيث تجب القيمة والحد.

ولنا^(٢) : قوله ﷺ : « لا غرم على السارق بعد ما قطعت يده »^(٣) ، ولأن في إيجاب الضمان نفيًا لوجوب القطع فيكون القطع مانعًا منه، وهذا لأن السارق يملك العين المسروقة بأداء الضمان مستندًا إلى وقت الأخذ فلو قطع يكون مقطوعًا بأخذ ملكه وهو ممتنع، وما يؤدي إلى إلغاء القطع المشروع (وهو)^(٤) أولى بإلغائه فامتنع الضمان؛ لأن عصمة المال يجب أن تكون حقًا للشرع^(٥) لتمكين القطع؛ لأنها لو كانت حقًا للعبد، والحرام لحق العبد حرامٌ لغيره لا لنفسه، فيكون مباحًا في نفسه فتقوم (إباحته)^(٦) الذاتية شبهةً دائرةً للحد، فلا بد من جعل الحرمة حقًا للشرع كالميتة؛ لتكون حرامًا في نفسه مطلقًا فيجب الحد حينئذٍ، وما كان حرامًا لحق الشرع لا يجب ضمانه، ثم نقول: الحاجة ماسة إلى نقل العصمة من العبد إلى الشرع في حق السرقة الموجبة للقطع، والاستهلاك / ١١٩/ فعل آخر غير السرقة فلم تمس الحاجة فيه إلى

(١) في (ب، ج): (المالك).

(٢) «المبسوط» ١٥٦/٩، و«الهداية» ٤٢١/٢، و«الاختيار» ٣٥٢/٤.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/٣٧٥: غريب بهذا اللفظ، ورواه بمعناه الدارقطني ١٨٢/٣ والبيهقي ٢٧٧/٨ من حديث عبد الرحمن بن عوف وهو منقطع.

(٤) من (ب).

(٥) في (ب): (لله تعالى).

(٦) في (ب): (الحاجة).

تحويل العصمة، فيكون معصومًا حقًا^(١) للعبد في حقّ الاستهلاك فيجب الضمان؛ ولأنّ اعتبار الشبهة فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره.

ووجه المشهور من الرواية أنّ الاستهلاك من تمام مقصود السرقة، (وهو إخراج المال المسروق في مصالحه، فيتعدى اعتبار الشبهة إليه لكونه من تمام السرقة)^(٢)؛ ولأنّ سقوط العصمة في حقّ الضمان في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوطه في فصل الهلاك، وهذا لأنها لما سقطت في فصل الهلاك فلو (بقيت)^(٣) في فصل الاستهلاك حتى وجب الضمان لوجب من غير مماثلة بين البدلين؛ لأنّ المال المسروق غير مضمون بالهلاك فيكون (معصومًا)^(٤) من وجهه دون وجهه، والمال المأخوذ في مقابلته مضمون بالهلاك والاستهلاك حتى لو أخذه من يده غاصب ضمنه مطلقًا، فيكون معصومًا من كلّ وجهه، فلو وجب الضمان لوجب مع انتفاء المماثلة بين البدلين وأنه ممتنع شرعًا^(٥).

قال: (ولو حضر أحد جماعة فقطع له فهو غير ضامن مطلقًا وأوجباه في غير التي قطع لها).

إذا سرق سرقاتٍ فحضر أحد أربابها فخاصم فقطع بخصومته (قال أبو حنيفة رحمته الله)^(٦): وقع القطع عن الكل ولا يضمن لأحد منهم شيئًا.

(١) في (ب): (جمعًا).

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) في (ب): (نقلت).

(٤) في (ب): (مضمونًا).

(٥) «المبسوط» ١٥٦/٩، و«الهداية» ٤٢١/٢، و«الاختيار» ٣٥٢/٤.

(٦) «المبسوط» ١٧٧/٩، و«الهداية» ٤٢١/٢، و«البحر الرائق» ٧١/٥.

وقالاً^(١): يضمنُ لغير من قطع بخصومته^(٢)، ولو حضروا جميعاً وقطع بخصومتهم لم يضمن شيئاً بالاتفاق.

لهما^(١): أنَّ الخصومةَ ظهرت في حقِّ الحاضر بدعواه ولم تظهر في حقِّ الباقيين، والظهور في حقِّهم متوقف على خصومتهم، والحاضر ليس بنائب عنهم في ذلك، فلم تظهر السرقة في حقِّهم، فلم يقع القطع لهم فبقيت أموالهم على عصمتها فيضمنها.

وله: أنَّ الواجب حقاً لله تعالى قطع واحد عن الكل؛ لأنَّ مبنى الحدود على التداخل، والخصومة شرط ظهورها عند القاضي، فإذا استوفى فالمستوفى واقع عن الكل؛ ولهذا فإنَّ نفعه راجع إليهم جميعاً، وإذا وقع لهم ارتفع الضمان كما لو حضروا جميعاً، وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب لواحدٍ فخاصمه في بعضها^(١).

قال: (ولو أشترك جماعة فحصل لكل نصابٍ قطعوا أو لكلهم نصابٌ لم يقطعوهم).

هاتان مسألتان الأولى: إذا أشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحدٍ (منهم)^(٣) نصاب السرقة قطعوا لكمال السرقة في حق كل واحدٍ منهم وهتك الحرز، وهذا بالاتفاق^(٤).

الثانية: إذا أشتركوا في سرقة فأصاب النصاب جميعهم ولم يتم في حق كل واحدٍ منهم^(٥).

(١) «المبسوط» ١٧٧/٩، و«الهداية» ٤٢١/٢، و«البحر الرائق» ٧١/٥.

(٢) ساقطة من (ج). (٣) من (ب).

(٤) «الهداية» ٤٠٩/٢، و«الاختيار» ٣٤٥/٤، و«تبيين الحقائق» ٢١٤/٣.

(٥) «المبسوط» ١٤٣/٩، و«البحر الرائق» ٥٧/٥، و«مجمع الأنهر» ٦١٥-٦١٦.

قال أصحابنا وهو مذهبُ عبدِ الملكِ بنِ الماجشون من المالكية^(١): لا يقطعون. وقال غيرُ ابنِ الماجشون: يقطعون على كلِّ حالٍ. ولنا^(٢): أن الموجبَ للقطعِ هو سرقةُ النصابِ، وإنما تجبُ على كلِّ واحدٍ منهم بسببِ ما صدرَ عنه من الجنابةِ (فيعتبر)^(٣) كمالُ النصابِ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم.

قال: (ولو حكمَ به فملكُ المسروقِ أو قطعَ فعادَ فسرقها وهي هي لم نقطعه)^(٤).

هاتان مسألتان:

الأولى: إذا حكمَ القاضي على السارقِ بالقطعِ في سرقةٍ عينِ فملكِ المسروقِ إما بالهبةِ والتسليمِ وإما بالبيعِ أمتنعَ القطعُ عندنا^(٥). وقال زفر والشافعي^(٦) رحمهما الله: يُقطعُ. وهذه روايةٌ عن أبي يوسف^(٧) رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ السرقةَ أُنْعِدَتْ موجبةً للقطعِ وظهرتْ عند القاضي

و«درر الحكام» ٧٨/٢-٧٩.

(١) «التفريع» ٢٢٩/٢، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣٢٧/٣، و«بداية المجتهد» ٧٩٧/٢-

٧٩٨، «الهداية» ٤٠٩/٢، و«الاختيار» ٣٤٥/٤، و«تبين الحقائق» ٢١٤/٣.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧١، و«المبسوط» ١٨٦/٩، و«بدائع الصنائع» ١٤٣/٧،

و«مجمع الأنهر» ٦٢٧/١، و«اللباب» ٢٠٩/٣.

(٣) في (ب): (فتعين).

(٤) في (أ): (نقطع).

(٥) «الهداية» ٤١٩/٢، و«الاختيار» ٣٥٢/٤، و«تبين الحقائق» ٢٣٠/٣.

(٦) «الأم» ١٤٨/٦، و«المهذب» ٢٨٣/٢، و«حلية العلماء» ٧١/٨، و«تكملة تكملة

المجموع» ٣٨٤/٢١، ٤١٣.

(٧) «المبسوط» ١٨٦/٩، و«بدائع الصنائع» ١٤٣/٧، و«الهداية» ٤١٩/٢، و«مجمع

الأنهر» ٦٢٧/١.

وحكمَ بها. وهذا العارضُ ليس مما تقومُ به شبهةٌ؛ لأنَّ الملكَ إذا تبَيَّنَ أنه قائمٌ وقتَ السرقةِ كان شبهةً، وههنا الملكُ حادثٌ بسببِ حادثٍ بعد الحكم.

وله^(١): أنَّ الإمضاء من القضاء في باب الحدود لما مرَّ فيشترط قيامُ الخصومةِ وقتَ الأستيفاءِ تقديرًا (وقد أنتقضتْ بالهبة من السارق فلم يمكن القول ببقاء الخصومةِ وقتَ الأستيفاءِ تقديرًا)^{(٢)(٣)}.

المسألة الثانية: إذا قُطِعَ السارقُ في غيرِ سرقَتِها وهي قائمةٌ فردتْ إلى مالِكها ثم عادَ فسرقها وهي بحالِها لم يقطعْ، واحترزَ بقوله: (وهي هي بحالِها) عمَّا إذا تغيرتِ العينُ بأنْ كان المسروقُ غزلًا مثلاً فقطعَ ثم رُدَّ على المالكِ فنسج فعادَ فسرقه قطعَ لتبدُّلِ العينِ، ولهذا يملكه الغاصبُ بالنسج، وهو علامةُ التبدُّلِ في كلِّ محلٍّ.

وقال الشافعي^(٤) رحمه الله وهو روايةٌ عن أبي يوسف^(٥) رحمه الله وهو القياسُ: يقطعُ؛ لقوله ﷺ: «فإنْ عادَ فاقطعوه»^(٦) من غيرِ فصلٍ بين تبدُّلِ العينِ وعدمِها ولأنَّ هذه السرقةَ أُنْعِدَّتْ موجبةً للقطعِ كالسرقةِ الأولى بل أكملُ باعتبارِ تقدُّمِ الزاجرِ، وصار كما إذا باعَهُ المالكُ من السارقِ ثم اشتراه منه ثم سرقه^(٥).

(١) في (ب): (ولنا). (٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المبسوط» ١٨٦/٩، و«بدائع الصنائع» ١٤٣/٧، و«الهداية» ٤١٩/٢، و«مجمع الأنهر» ٦٢٧/١.

(٤) «الوجيز» ١٧٣/٢، و«غاية البيان» ص ٣٠١.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧١، و«المبسوط» ١٦٥/٩، و«الهداية» ٤١٣/٢، و«الاختيار» ٣٥٣/٤.

(٦) سبق تخريجه.

ولنا^(١): أَنَّ القطعَ أوجبَ سقوطَ عصمةِ (المال)^(٢) لما تقدمَ، وبالرَدِّ إن عادت العصمةُ حقيقةً فقد بقيتْ شبهةً للسقوطِ؛ نظرًا إلى اتِّحادِ الملكِ والمحلِّ، وقيامِ الموجبِ وهو القطعُ فيه؛ بخلافِ ما أُستشهدَ به / ١١٩ب/ لاختلافِ الملكِ باختلافِ سببه، وبخلافِ ما إذا تبدلتِ العينُ لانتفاءِ شبهةِ الناشئة عن اتِّحادِ المحلِّ والقطعِ فيه، فوجبَ القطعُ ثانيًا.

قال: (ولو ادَّعى ملكيتها لم يقطع).

إذا ادَّعى السارقُ أَنَّ العينَ المسروقةَ ملكه لم يقطع وإن لم يقر بينه. وقد نُقلَ عن الشافعي^(٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ يَقْطَعُ. والمذكورُ في «الوجيز»^(٤): ولو قال السارقُ: سرقتُ ملكي سقطَ القطعُ لمجردِ دعواه على النصِّ؛ لأنَّه صارَ خصمًا في المالِ، فكيف يقطعُ بحلفِ غيره؛ ولأنَّ دعواه محتملةٌ للصدقِ فقامتِ شبهةُ دارئةٌ للحدِّ^(٥).

قال: (ولو صبَّغَهُ أَحْمَرَ لم يؤخَذْ منه ولم يضمنه، وأُفتى بأخذه مع ضمانِ الزيادةِ له، أو أسودَ فللمالكِ أخذه مجانًا ويمنعُه وجعله كالأحمر).

هاتان مسألتان:

(١) «المبسوط» ٩/ ١٦٥-١٦٦، و«الهداية» ٢/ ٤١٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٣.

(٢) في (ب): (المالية).

(٣) «الأم» ٦/ ٢٨٢، و«التنبيه» ص ٢٤٦، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٣٠-٣٣١.

(٤) «الوجيز» ٢/ ١٧٢.

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٤٩، و«الهداية» ٢/ ٤١٩، و«تبين الحقائق» ٣/ ٣٢٠.

الأولى: إذا سرق ثوباً فصبغهُ أحمرَ لم يؤخذَ منه الثوبُ ولم يضمَّنهُ عند أبي حنيفة^(١) وأبي يوسف^(٢) رحمهما الله.

وقال محمد^(١) رَحِمَهُ اللهُ: يؤخذُ منه ويعطى ما زادَ الصبغُ فيه اعتباراً بالغصبِ. والجامعُ بينهما كونُ الثوبِ أصلاً والصبغُ تابعاً. ولهما^(١): أنَّ الصبغَ موجودٌ صورةً ومعنىً بدليلٍ أنَّه لو أرادَ أخذه فلا بدَّ من ضمانٍ مازادَ الصبغُ فيه، وحقُّ المالكِ في الثوبِ قائمٌ صورةً لا معنى؛ لأنه غيرُ مضمونٍ على السارقِ بتقديرِ الهلاكِ فرجحنا جانبَ السارقِ؛ ولأنَّ الترجيحَ بالوجودِ ترجيحُ ذاتيٍّ وبالأصالةِ والتبعيةِ ترجيحُ حاليٍّ، والذاتيُّ مقدمٌ على الحاليِّ لكونه أسبق.

والمسألة الثانية: إذا صبغهُ أسودَ فإنَّ الثوبَ يؤخذُ منه على قول أبي حنيفة^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله إلا أنَّ عند أبي حنيفة^(١) رَحِمَهُ اللهُ يؤخذُ مجاناً؛ لأنَّ السوادَ نقصانٌ عنده على ما مرَّ الكلامُ فيه في الغصبِ، وعند محمد^(١) رَحِمَهُ اللهُ وإن كان زيادةً إلا أنَّه لا ينقطعُ حقُّ المالكِ، وعند أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ هو والأحمرُ سواءٌ في أنه لا يؤخذُ منه؛ لأنَّه زيادةٌ عنده وقد ترجَّحَ جانبُ السارقِ بما ذكرناه في الحمرة.



(١) «المبسوط» ٩/ ١٧٢، و«الهداية» ٢/ ٤٢٢-٤٢٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣٤-٢٣٥.

فصل:

فيما يقطع في سرقة وما لا يقطع وفي الحرز

قال: (ولا يقطع في المباحة الأصل والمتعرضة للفساد).

الثمار الرطبة لا يقطع في سرقتها وكذلك ما كان مباح الأصل كالحطب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنين^(١) والمغرة^(٢) والنورة^(٣) ، وكذلك ما كان متعرضاً للفساد كاللبن واللحم والمرقة ونحو ذلك^(٤) ، خلافاً للشافعي^(٥) رحمه الله في الثلاثة ، وإثبات الخلاف في الآخرين من الزوائد.

له أن السرقة تمت لكمال المالية والغرة وتعلق المصالح بها ؛ ولهذا صلت هذه الأشياء صداقاً ، وفيما يتسارع إليه الفساد ، وقد وجدت السرقة على وجه الكمال في الحال ، وكمال المالية إنما يعتبر حال السرقة لا في ثاني الحال ، وتوهم الفساد في ثاني الحال لا يقدح في كمال المالية ، إذ التفاوت حال البقاء غير معتبر.

-
- (١) الزرنين: حجر كثير الألوان، يخلط بالكلس فيخلق الشعر. له مركبات سامة. «معجم لغة الفقهاء» ص ٢٠٧ مادة زرنين، و«المعجم الوسيط» ١/ ٣٩٣ مادة زرنين.
- (٢) المغرة: تراب أحمر يصبغ به قديماً وهو المشق. «الصحاح» ص ٩٩٥ مادة مفر، و«معجم لغة الفقهاء» ص ٤٠١ ، ٤١٣ مادة مشق ومادة مغرة.
- (٣) النورة: حجر الكلس ثم غلبت على أخلاط تضاف إليه من زرنين وغيره وتستعمل لإزالة الشعر. «المصباح المنير» ص ٣٧٤ مادة نور، و«القاموس المحيط» ص ٤٤٠ مادة نور.
- (٤) «المبسوط» ٩/ ١٥٣-١٥٤ ، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٠٩-١١١ ، و«الهداية» ٢/ ٤١٠ ، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٦-٣٤٧ ، و«اللباب» ٣/ ٢٠٣.
- (٥) «الأم» ٦/ ١٣٣ ، و«روضة الطالبين» ٨/ ٥٢ ، ٦٧ ، و«غاية البيان» ص ٣٠١.

ولنا^(١): في المباح الأصل أن التفاهة وهي الاستحقاق وقلة الخطر في النفوس موجبة لعلّة الخطر في هذه الأعيان فالتحقت بما دون النصاب.

ألا ترى أنه مما لا يبالغ في إحرازه، ولا يقال: عدم المبالغة ناشئ عن كثرة في نفسه لا عن معنى راجع إلى ذاته؛ لأننا نقول: هذا علة قلة الخطر، وزوال الخطر عن العين تارة يكون لقلة ذلك الشيء في نفسه كما دون النصاب، وتارة يكون لكثرة وجوده وحقارته في الطباع.

ولنا: فيما يتسارع إليه الفساد أن المالية فيه قاصرة، والادخار لحاجة الوقت دون ثاني الحال، وكمال المالية ينبي على وفور الرغبة في صلاحية المحرز للمال وثاني الحال، فقامت الشبهة الدارئة للحد، والثمار الرطبة في معناه. وقد قال عليه السلام: «لا قطع في الثمار، وفيما أواه الجرين ففيه القطع»^(٢)، والجرين: الموضع الذي تجمع فيه الثمار إذا صرمت وإنما يجمع في العادة في الجرين ما يبس^(٣) من الثمار^(٤).

قال: (ولا قطع فيما يتأول فيه الإنكار).

ذكر أصلاً أستغنى عن تعداد الفروع، وهذا كما إذا سرق الأشربة المطربة أو آلات اللهو والطرب من الطبل والدف والمزمار والبربط

(١) «المبسوط» ١٥٣/٩-١٥٤، و«بدائع الصنائع» ١٠٩/٧-١١١، و«الهداية» ٤١٠/٢، و«الاختيار» ٣٤٦/٤-٣٤٧، و«اللباب» ٢٠٣/٣.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/٣٦٢: غريب بهذا اللفظ، ورواه بمعناه أبو داود (٤٣٩٠) وابن ماجه (٢٥٩٦) من حديث عمرو بن العاص.

(٣) في (ب): (يبين).

(٤) «المبسوط» ١٥٣/٩، و«بدائع الصنائع» ١٠٩/٧-١١١، و«الهداية» ٤١٠/٢، و«الاختيار» ٣٤٦/٤-٣٤٧، و«اللباب» ٢٠٣/٣.

والطنبور والنرد والشطرنج والصليب من الذهب؛ لأنَّ السارق لهذه الأشياء إذا قال: سرقْتُها لإراقِتها وكسرها صدَّق بل هو ظاهرُ حالِ المسلم في السعي في النهي عن المنكر^(١).

وعن أبي يوسف^(٢) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ صَليْبَ الذَّهَبِ إِذَا كَانَ فِي الْمَصْلِيِّ فَلَا قِطْعَ فِيهِ؛ لَعَدَمِ الْحَرَزِ، وَإِنْ كَانَ فِي بَيْتٍ آخَرَ قِطْعٌ؛ لِكَمَالِ الْمَالِيَةِ فِيهِ وَالْحَرَزِ، وَلَوْ سَرَقَ دِرَاهِمَ عَلَيْهَا صُورٌ وَتَمَائِيلُ قِطْعٌ؛ لِأَنَّهَا لَا تَعُدُّ لِلْعِبَادَةِ فَلَا يَتَوَجَّهُ تَأْوِيلُ الْكُسْرِ / ١١٢٠ / وَلِأَنَّ فِي الْأَشْرَبَةِ مَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا مُتَقَوْمٌ، وَفِي مَالِيَةٍ بَعْضُهَا وَتَقَوْمِهِ خِلَافٌ فَيُورِثُ ذَلِكَ شَبَهَةَ عَدَمِ الْمَالِيَةِ أَصْلًا^(٣).

قال: (ولا في دفاتر غير الحساب).

لأنَّ السارقَ لها يتأوَّلُ القراءةَ وما فيها هو المقصودُ بخلافِ دفاترِ الحساب؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْصَدُ مَا فِيهَا فَكَانَ الْمَقْصُودُ كَاغِدَهَا^(٤) فَيَقْطَعُ إِذَا بَلَغَتْ قِيَمَتُهُ نَصَابًا، وَلَوْ سَرَقَ الْكُوَاغِدَ وَالْجُلُودَ قَبْلَ الْكِتَابَةِ قِطْعٌ^(٥)، وَفِي كِتَابِ الْأَدَبِ رَوَايَتَانِ^(٦).

(١) «المبسوط» ١٥٤/٩، و«الهداية» ٤١٠-٤١١/٢، و«الاختيار» ٣٤٦-٣٤٧/٤، و«اللباب» ٢٠٣/٣.

(٢) «الهداية» ٤١١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢١٧/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٩٢/٤.

(٣) «الهداية» ٤١٠-٤١١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢١٧/٣، و«حاشية ابن عابدين» ٩٢/٤.

(٤) الكاغد - القرطاس - فارس معرب «القاموس المحيط» ص ٢٨٥ مادة كغد.

(٥) «بدائع الصنائع» ١١٠/٧، و«الهداية» ٤١١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢١٧/٣، و«البحر الرائق» ٥٩/٥، و«اللباب» ٢٠٤/٣.

(٦) «فتح القدير» ٣٧١/٥، و«البحر الرائق» ٥٩/٥، و«تبيين الحقائق» ٣٧١/٣، و«مجمع الأنهر» ٦١٨/١.

قال: (ويأمر به في صبي حر عليه حلّي ومصحف محلي،

وينهى عنه في عبد صغير كبير).

هذه مسائل:

الأولى: قال أبو يوسف^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا سرق سارقاً صبيّاً حرّاً وعليه حلّي

يبلغ نصاباً يقطع.

وعنه^(٢): أنه لا يقطع كقولهما.

له: أن الحلّي منفرد بنفسه يوجب سرقته وحده القطع، فكذا إذا سرقه

مع غيره.

ولهما^(٣): أن المسروق وهو الصبي أصل وما عليه من الحلّي تبع له،

فإذا أمتنع القطع عن الأصل فأولى أن يمتنع عن التبع.

الثانية: إذا سرق مصحفاً عليه حلّيّ تبلغ نصاباً فعن أبي يوسف^(٤) رَضِيَ اللَّهُ

روايتان إحداهما: أنه يقطع. والأخرى كقولهما^(٥). والعلة ما مرث من

الطرفين، ولأنه يتأول في المصحف القراءة؛ ولأن الإحراز لأجل

المكتوب ولا مالية للمكتوب، وما وراءه من الكاغد والجلد والحلية

فتبع لا عبرة له من حيث هو تابع، وكذلك يتأول في سرقة الصبي حفظه

من الهلاك وردّه إلى أهله، ولو كان قصده الحلّي لأخذه وحده. وعلى

(١) «المبسوط» ١٦١/٩، و«الهداية» ٤١/٢، و«الاختيار» ٣٤٧/٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٣، و«المبسوط» ١٦١/٩، و«الهداية» ٤١١/٢،

و«مجمع الأنهر» ٦٧١/١، و«اللباب» ٢٠٤/٣.

(٣) «المبسوط» ١٦١/٩، و«الهداية» ٤١١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢١٧/٣.

(٤) «المبسوط» ١٥٣/٩، و«الهداية» ٤١٠/٢، و«حاشية ابن عابدين» ٩٣/٤.

(٥) «المبسوط» ١٥٢/٩، و«الهداية» ٤١٠/٢، و«درر الحكام» ٨٠/٢، و«اللباب»

هذا لو سرق كلباً عليه قلائد فضة؛ لكونها تابعة له، والأصل لا قطع فيه. فكذا في التبع، والأصل^(١) أنه متى اجتمع دليلان أحدهما يقتضي القطع والآخر ينفيه فإن ذلك يورث شبهة دائرة للحد، ومثال ذلك إذا سرق ماء ورد أو شراباً في إناء ذهب أو فضة لم يقطع، فلو شرب الماء في الدار وأخرج الإناء من الدار فارغاً قطع؛ لأن (المقصود)^(٢) حينئذ هو الإناء، رواه (هاشم)^(٣) عن محمد^(٤) رَحِمَهُ اللهُ.

الثالثة: إذا سرق عبداً صغيراً فعند أبي يوسف^(٥) رَحِمَهُ اللهُ لا قطع فيه كما لا قطع في العبد الكبير، وعندهما^(٦) في الصغير القطع، ولا قطع في الكبير. وحد الصغير أن لا يعبر عن نفسه ولا يعقل. ووجه قوله -وهو الاستحسان- في أنه آدمي من وجه ومال من وجه فأورث ذلك شبهة كما إذا سرق الكبير^(٦).

ولهما^(٧): أنه مال مطلق يتفَعُّ به في الحال بيعاً وفي المال أستخدمًا إلا أنه أنضم إليه معنى الآدمية، فلم يوجب ذلك نقصاناً في المالية، فلم يورث شبهة بخلاف الكبير؛ لأن أخذَهُ إما بواسطة الخداع أو الغصب،

(١) «المبسوط» ١٥٥/٩، و«الهداية» ٤١١/٢، و«تبيين الحقائق» ٢١٧/٣، و«اللباب» ٢٠٣/٣.

(٢) في (ج): (المغصوب).

(٣) في (ب): (هشام).

(٤) «الهداية» ٤١١/٢ «تبيين الحقائق» ٢١٦/٣.

(٥) «المبسوط» ١٦٣/٩، و«الهداية» ٤١١/٢، و«الاختيار» ٣٤٨/٤، و«تبيين الحقائق» ٢١٧/٣.

(٦) «المبسوط» ١٦٢/٩، و«الهداية» ٤١١/٢، و«اللباب» ٢٠٤/٣.

(٧) «المبسوط» ١٦٢-١٦٣/٩، و«الهداية» ٤١١/٢، و«الاختيار» ٣٤٨/٤، و«تبيين الحقائق» ٢١٧/٣.

فلم تكن سرقةً لسبق يده على نفسه، ولو كان الصغير يتكلم أو يمشي فهو والبالغ سواء؛ لأنه سبقت يده على نفسه، فلم تعتبر يد السارق، (والسرقة)^(١) إثبات اليد على المسروق.

قال: (ويقطع في الساج والأبنوس والقنا والصندل والعود والياقوت والفصوص).

لأن هذه الأشياء عزيزة مرغوبة فيها ولا يوجد جنسها مباحاً في دار الإسلام بصورتها فصارت كالنقدين والأحكام الثلاثة الأخيرة زوائد^(٢).

قال: (وما أتخذ من الخشب).

إذا أتخذ من الخشب أوانٍ وآلات وأبواب قطع في سرقتها؛ لأنها التحقت بالأموال النفيسة بواسطة الصنعة، فإنها تحرز^(٣) بخلاف الحصير؛ لأن الصنعة ليست بغلبة على الجنس، ألا ترى أنها تبسط في غير الحرز، وقيل: يجب القطع بسرقة الحصير البغدادية لغلبة الصنعة على الأصل، وهذا فيما يخف حمله منها بحيث يستطيع الواحد نقله. أما إذا كان ثقیلاً لا يستقل الواحد به لا يقطع بأخذه؛ لقلة الرغبة فيه^(٤).

(١) في (ج): (والسارق).

(٢) «المبسوط» ١٨١/٩، و«الهداية» ٤١١/٢، و«الاختيار» ٣٤٨/٤، و«اللباب» ٢٠٤/٣.

(٣) «المبسوط» ١٥٣/٩، و«الهداية» ٤١٢/٢، و«الاختيار» ٣٤٨/٤، و«اللباب» ٢٠٤/٣.

(٤) «الهداية» ٤١٢/٢، و«تبين الحقائق» ٢١٩-٢٢٠/٣، و«البحر الرائق» ٦١/٥.

قال: (لا في كلبٍ وفهدٍ).

لأنَّ حبسَهُما مباحٌ ولا تكثُرُ الرغباتُ في اقتنائِهِ؛ ولأنَّ الخلافَ في مالِيَةِ الكلبِ يورثُ شبهةً^(١).

قال: (وانتهاجٍ واختلاسٍ وخيانةٍ).

لقوله ﷺ: « لا قطعَ على خائنٍ ولا منتهبٍ ولا مختلسٍ »^(٢).
وسئل عليٌّ رضي الله عنه عن المختلسِ والمنتهبِ فقال: تلك دعابةٌ لا شيءٌ فيها. ولأنَّ أَسْمَ السارقِ لا يتناولُهُ فلا يدخلُ تحتَ النصِّ ولقصورِ الحرزِ في حقِّ الخائنِ؛ لكونِ المالِ غيرَ محرزٍ عنه، والمنتهبِ والمختلسِ مجاهرانِ فلا يكونا سارقينِ^(٣).

قال: (ومن بيتِ المالِ والمغنمِ والمشاركِ).

أما السرقةُ من بيتِ المالِ فلا توجبُ القطعَ؛ لأنَّ المالَ للعامةِ والسارقُ أحدهم فكان له فيه نصيبٌ، وكذلك السرقةُ من المغنمِ ومن المالِ المشتركِ بين السارقِ وبين المسروقِ منه، فتحققتِ شبهةُ باعتبارِ أنَّه أخذُ لماله من وجهٍ^(٤).

(١) «المبسوط» ١٥٤/٩-١٥٥، و«الهداية» ٤١١/٢، و«درر الحكام» ٨٠/٢، و«اللباب» ٢٠٤/٣.

(٢) رواه أبو داود (٤٣٩١)، والترمذي (١٤٤٨)، والنسائي ٨٨/٨، وابن ماجه (٢٥٩١) من حديث جابر بن عبد الله. وقال الترمذي: حسن صحيح. وصححه الألباني في «صحيح الترمذي» (١١٧٥).

(٣) «الهداية» ٤١٢/٢، و«تبين الحقائق» ٢١٧/٣، و«مجمع الأنهر» ٦١٨/١، و«اللباب» ٢٠٤/٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٠، و«المبسوط» ١٨٨/٩، و«الاختيار» ٣٤٩/٤، و«تبين الحقائق» ٢١٨/٣، و«البحر الرائق» ٦٠/٥.

قال: (وأصوله وفروعه).

إذا سرق من أبيه أو أمه أو جدّه أو جدّته أو سرق الوالد من ولده
/ ١٢٠ ب / أو ولد ولده فلا قطع للأنبساط الجاري بينهم في المال
والحرز^(١)، ولو سرق من أمه من الرضاع قطع^(٢)، وعن أبي يوسف^(٣)
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَاحْتِشَامٍ بِخِلَافِ
الْأُخْتِ مِنَ الرِّضَاعَةِ؛ لِعَدَمِ هَذَا الْمَعْنَى فِيهَا عَادَةً لِمَوْضِعِ التَّهْمَةِ مِنْ
حَيْثُ عَدَمُ الْأَشْتِهَارِ بِخِلَافِ الْأُمِّ رِضَاعًا.

ووجه الظاهر أَنَّ المحرمة بدون القرابة غير (محترمة)^(٤). ألا ترى أنها
تثبت بالزنا وبالمسّ عن شهوة؛ ولأنّ الرضاع قلما يشتهر ولا يعقب
الأنبساط تحرزًا عن التهمة بخلاف النسب^(٥).

قال: (ونظرده في ذي الرحم المحرم وأحد الزوجين من
الآخر (قالوا)^(٥) ولو كان محرزًا عنه).

هاتان مسألتان:

الأولى: إذا سرق من ذي رحم محرم منه لم يقطع (عندنا)^(٦)^(٧).

(١) «المبسوط» ١٨٨/٩، و«الاختيار» ٣٤٩/٤، و«الهداية» ٢٠٥/٣.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٢٧٠، و«فتح القدير» ٢٨٣/٥، و«تبين الحقائق» ٢٢٠/٣،
و«مجمع الأنهر» ٦٢٠/١.

(٣) «الهداية» ٤١٣/٢، و«تبين الحقائق» ٢٢٠/٣، و«مجمع الأنهر» ٦٢٠/١.

(٤) في (ج): (محترمة)، وفي (ب): (قرابة).

(٥) من (ج).

(٦) «المبسوط» ١٨٨-١٨٩/٩، و«الهداية» ٤١٣/٢، و«تبين الحقائق» ٢٢٠/٣،
و«اللباب» ٢٠٥/٣.

(٧) من (ب).

وقال الشافعي رحمته الله^(١): يقطع بالسرقة منه لإطلاق النص فصار كالصديق يسرق من صديقه بخلاف قرابة الولاد للمباشطة في المال والحرز.

ولنا^(٢): أنه مأذون شرعاً في دخول الحرز، ولهذا أبيح^(٣) له النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة من ذوات المحارم بخلاف الصديق؛ لأنه عاداه بالسرقة منه^(٤).

الثانية: إذا سرق أحد الزوجين من الآخر فلا قطع عندنا^(٥)، وفي مذهب الشافعي^(٦) رحمته الله: لا خلاف أن من يستحق النفقة على المسروق منه بالعضية^(٧) أنه لا يقطع، وفي الزوجية خلاف، فإذا قيل: تقطع الزوجة (يقطع الزوج، وإن قيل: لا تقطع الزوجة)^(٨)^(٩) ففي قطع الزوج قولان لما بينهما من الاتحاد العرفي^(١٠) وإن قيل: لا تقطع بالزوجية

(١) «الأم» ١٥١/٦، و«حلية العلماء» ٦٣/٨، و«روضة الطالبين» ٣٣٥/٧، و«تكملة تكملة المجموع» ٤٠٦/٢١.

(٢) «المبسوط» ١٨٨-١٨٩/٩، و«الهداية» ٤١٣/٢، و«تبين الحقائق» ٢٢٠/٣.

(٣) في (ب): (صح).

(٤) «المبسوط» ١٨٨-١٨٩/٩، و«الهداية» ٤١٣/٢، و«تبين الحقائق» ٢٢٠/٣.

(٥) «المبسوط» ١٩٠/٩، و«بدائع الصنائع» ١٢١-١٢٢/٧، و«البحر الرائق» ٦٢/٥، و«مجمع الأنهر» ٦٢٠/١، و«اللباب» ٢٠٥/٣.

(٦) «المهذب» ٢٨٢-٢٨٣/٢، و«الوجيز» ١٧٣/٢، و«حلية العلماء» ٦٤/٨، و«روضة الطالبين» ٣٣٥/٧.

(٧) في (ب): (بالغصب).

(٨) في (ب، ج): (بالزوجية).

(٩) ساقطة من (ج).

(١٠) ساقطة من (ب).

ففي (قطع)^(١) الزوج قولان، ولا خلاف في مذهبه أن ولد الزوج يقطع إذ^(٢) يقطع ولد الأب وهو الأخ. ووجه القطع إطلاق النص.

ولنا: أن الأنساط بين الأزواج في الحرز والمال جارٍ عادةً فتحققت شبهة الدارئة للحد، ومذهب مالك^(٣) رحمه الله أن المال إذا كان محرراً ممنوعاً عنه فسرقته موجبة للقطع؛ لأن الحرز والمنع لا يتحقق معه تأويل في الدخول والأخذ، فكانت سرقة محضة بلا شبهة فيثبت موجبها.

ولنا: أن للتأويل مساعاً أستاذاً إلى ما أطلقه العرف من الأنساط بين الأزواج في الأموال والحرز؛ ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر عندنا لموضع التهمة الناشئة عن هذه شبهة^(٤).

قال: (والسارق من بيت ختته أو صهره لا يقطع، والمؤجر من البيت المستأجر يقطع).

هاتان مسألتان:

إحداهما: إذا سرق من بيت ختته وهو زوج كل ذي رحم محرم منه، أو من بيت صهره وهو كل ذي رحم محرم من أمراته لا يقطع عند أبي حنيفة^(٥) رحمه الله.

(١) في الأصل: (عبد).

(٢) في (ب): (أو).

(٣) «المدونة» ٤/٤١٨، و«التفريع» ٢/٢٣٠، و«بداية المجتهد» ٢/٨٠٣، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/٣٢٩-٣٣٠.

(٤) «المبسوط» ٩/١٩٠، و«بدائع الصنائع» ٧/١٢١-١٢٢، و«البحر الرائق» ٥/٦٢، و«مجمع الأنهر» ١/٦٢٠، و«اللباب» ٣/٢٠٥.

(٥) «المبسوط» ٩/١٨٨، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٢٠، و«فتح القدير» ٥/٣٨٠-٣٨١، و«مجمع الأنهر» ١/٦٢٠.

وقالاً^(١): يقطع.

والثانية: إذا سرق المؤجر مالا من المستأجر من البيت الذي أجره قطع عند أبي حنيفة^(٢) رَحِمَهُ اللهُ.

وقالاً^(١): لا يقطع.

لهما: في الأولى أنه لا خلل في الحرز ولا في المال فيجب.

وله: أن العادة جارية بدخول الرجل دور أختانه وأصهاره؛ ولهذا يباح له النظر إلى زوجات هؤلاء وتكثر منه زيارتهن عادة، فيثبت الإذن حقيقة أو شبهة.

ولهما: في الثانية أن المؤجر له أن يدخل داره التي أجراها^(٣) للمرمة والإصلاح أو للنظر إلى ما أصلح منها فثبت له الإذن فلا يقطع.

وله: أن الدار المستأجرة كالمملوكة للمستأجر في حق المنفعة، ألا ترى أن عقد الإجارة لا يمكن تصحيحه مضافا إلى المنفعة نفسها؛ لأنها عرض لا يبقى فأقيمت العين مقامها في أنها تصير كالمملوكة له، فيكون حصول المنفعة على ملكه، وهذا هو طريق تصحيح الإجارة من المستأجر الأول وكذا من الثاني والثالث، فيتبقى الخلل الواقع في الحرز وليس في المال شبهة، فيجب القطع، وأما الدخول للمرمة والإصلاح فمختص بما إذا أذن له المستأجر صريحا.

قال: (ولا قطع على السارق من غريمه مثل حقه مطلقا).

إذا سرق الرجل من غريمه مثل حقه الذي له عليه لم يقطع؛ لأنه

(١) «المبسوط» ١٨٨/٩، و«البحر الرائق» ٦٣/٥، و«مجمع الأنهر» ٦٢٠/١.

(٢) «المبسوط» ١٧٩/٩-١٨٠، و«بدائع الصنائع» ١٢٠-١٢١/٧.

(٣) في الأصل: (أجر).

مستوفٍ حقّه، ومعنى قوله: (مطلقاً) أي مؤجّلاً كان الحقُّ أو حالاً؛ لأن الحقَّ ثابتٌ على كلِّ تقديرٍ، والتأجيلُ لتأخير المطالبة، ويدخلُ في الإطلاقِ ما إذا سرقَ بأكثرَ من (قدر)^(١) حقه؛ لأنّه يصيرُ شريكاً بقدر حقّه فيما سرقَ، ولا قطعَ في سرقةِ المالِ المشتركِ، ويدخلُ في الإطلاقِ ما إذا سرقَ أجودَ من حقّه أو أردأ منه؛ لاتحادِ الجنسِ، وإنّما قال^(٢): (مثل حقّه) احترازاً عمّا إذا سرقَ خلافَ جنسٍ ما له عليه كما إذا كان له دراهمُ فسرقَ عروضاً؛ لأنّه ليس له ولايةُ الاستيفاءِ منه إلّا بواسطة البيعِ بالتراضي.

وعن أبي يوسف^(٣) رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ نَظَرًا إِلَى الْاِخْتِلَافِ فِي جَوَازِ اخْتِذِهِ قِضَاءً عَنْ حَقِّهِ أَوْ رَهْنًا بِهِ عِنْدَ بَعْضِهِمْ، وَإِثَارَةُ الْاِخْتِلَافِ شَبَهَةٌ دَارِئَةٌ لِلْحَدِّ، إِلَّا أَنَّ الْجَوَابَ أَنَّ ذَلِكَ الْقَوْلَ /١١٢١/ لَمْ يَسْتَنْدِ إِلَى دَلِيلٍ ظَاهِرٍ فَلَمْ يَعتَبَرْ بِنَفْسِهِ، حَتَّى إِذَا ادَّعى السَّارِقُ أَنَّهُ سَرَقَ لَذَلِكَ صَدَقَ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى فِي مَوْضِعِ الْاِخْتِلَافِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ دِرَاهِمٌ فَسَرَقَ دَنَانِيرَ قِيلَ: يَقْطَعُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْاِستِيفَاءِ مِنْ خِلَافِ الْجَنَسِ. وَقِيلَ: لَا يَقْطَعُ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الْجَنَسِ مِنْ حَيْثُ يَشْمَلُهُمَا النِّقْدُ. وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ زَائِدَةٌ^(٣).

قال: (ولا من سيده أو امرأة سيده أو زوج سيده ولا من مكانه).

إذا سرقَ العبدُ من سيده أو (من)^(١) امرأة سيده أو من زوج سيده فلا يقطعُ؛ لأنّه مأذون له في الدخولِ عادةً فتمكّنَتِ الشبهةُ في الحرزِ.

(١) من (ب، ج).

(٢) «المبسوط» ١٧٨/٩، و«الهداية» ٤١٢/٢، و«الاختيار» ٣٤٩/٤، و«تبين الحقائق» ٢١٨/٣.

(٣) «الهداية» ٤١٢/٢، و«تبين الحقائق» ٢١٨/٣، و«مجمع الأنهر» ٦١٨/١.

وأما المولى إذا سرق من مكاتبه لا يقطع؛ لأن له حقاً في أكساب مكاتبه، وكذلك لو سرق المكاتب من مولاه لتنزله منزلة العبد^(١).

قال: (ومضيفه).

لا يقطع الضيف إذا سرق من بيت من أضافه؛ لأنه أذن له في دخول بيته فلم يبق حرزاً في حقه، فكان فعله خيانة لا سرقة ولا قطع على الخائن^(٢).

قال: (وبيت مأذون في دخوله)^(٣) وحمام نهاراً).

البيت المأذون في دخوله لا يقطع بالسرقة منه كالحانات وحوانيت التجار إذا كانت السرقة نهاراً، فلو سرق منها أو من الحمام ليلاً قطع؛ لأنه وإن أذن في دخوله، لكن الإذن مختص بالنهار فيكون حرزاً تاماً بالليل؛ لأنها مبنية للحفظ، وما جرت العادة بدخوله في بعض الليل ملحق بالنهار لحصول الإذن، فإن خلل الحرز دائر مع الإذن^(٤).

(١) «الهداية» ٤١٤/٢، و«الاختيار» ٣٤٩/٤، و«البحر الرائق» ٦٢/٥، و«اللباب» ٢٠٥/٣.

(٢) «المبسوط» ١٧٩/٩، و«فتح القدير» ٣٨٧/٥، و«درر الحكام» ٨١/٢، و«اللباب» ٢٠٧/٣.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «الهداية» ٤١٤/٢، و«الاختيار» ٣٤٤/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٢١/٣، و«اللباب» ٢٠٦/٣.

قال: (ويقطع فيما أحرز بالحافظ لمجرد أخذه ولو من مسجد مستيقظا كان أو نائما وفي المحرز بالمكان بإخراجه والحفظ في الحمام معتبرا، وظاهر المذهب إهداره كما أفتى به).

الحرز على ضررين حرز بالمكان وحرز بالحافظ، ولا بد من اعتبار الحرز في السرقة؛ لأن الاستسرار لا يتحقق دونه، فالحرز بالمكان ما يعد لإحراز الأمتعة فيه كالدير والبيوت والصندوق والحانوت. والحرز بالحافظ، كمن جلس في الصحراء أو في المسجد أو في الطريق ومعه متاع يحفظه، وسواء كان مستيقظا أو نائما أو كان المتاع عنده بحضرته أو تحته هو الصحيح؛ أما إذا كان مستيقظا فظاهرا، وأما إذا كان نائما فلا أنه ﷺ قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد؛ ولأنه (يعد) ^(١) حافظا عادة سواء كان المتاع تحته أو عنده، وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير إذا حفظ المتاع بمثل هذا الحفظ، بخلاف ما اختاره في الفتاوى، ذكره صاحب «الهداية» ^(٢).

ثم الحرز بالحافظ إنما يعتبر إذا عُدِم الحرز بالمكان؛ لأن الحرز بالمكان فوق الحرز بالحافظ؛ لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إلى المال. وهذا مشترك بين الحرزين، ويزيد عليه الحرز بالمكان بأن المال به يصير مصونا محصنا، ولا يصير كذلك بالحافظ فكان دونه فينزل منه منزلة البدل (والخلف) ^(٣) من الأصل، ثم الحرز بالحافظ بثلاث السرقة

(١) رواه الشافعي (١٥٠٩) وأبو داود (٤٢٩٤) وابن ماجه (٢٥٩٥) وقال الحاكم صحيح الأسناد. وصححه الألباني في الأرواء (٢٣١٧) خلاصة البدر المنير.

(٢) «الهداية» ٢/٤١٤. (٣) في (ج): (الحذف).

لمجرد الأخذ لزوال يد الحافظ بذلك، وما أحرز بالمكان لا يقطع السارق بالسرقة منه ما لم يخرجهُ من ذلك المكان؛ لقيام اليد عليه قبل الإخراج، وهذا^(١) من الزوائد^(٢).

والمسجد ليس بمبني لإحراز الأمتعة فكان كالصحراء فاعتُبر الحفظ فيه^(٣)، وأما الحمام فظاهر المذهب وعليه الفتوى ما قاله محمد^(٤) رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يقطعُ منه إذا كان محرزًا بحافظ.

وقال أبو حنيفة^(٥) رَحِمَهُ اللهُ: يقطعُ اعتبارًا للحفظ فيه وتنزيلًا للحمام منزلة المسجد والصحراء.

ووجه ظاهر المذهب أَنَّهُ حرزٌ مكاني؛ لأنَّه مبني لحفظ الأمتعة فيه كسائر البيوت، إِلَّا أَنَّهُ أَخْتَلَّ الحرزُ بسبب الإذن في دخوله فلم يعتبر الحرزُ بالحافظ بخلاف المسجد؛ لأنَّه ليس بحرز أصلاً فاعتُبر فيه الإحراز بالحافظ.

قال: (ويفتي بقطع النباش).

إذا نبش قبرًا وأخذ الكفن منه قُطِعَ عند أبي يوسف^(٥) رَحِمَهُ اللهُ سواء كان القبرُ في بيتٍ مقفولٍ أو كان في الصحراء هو الصحيح. وقال أبو حنيفة^(٥) ومحمد^(٥) رحمهم الله: لا يقطع.

(١) من (أ).

(٢) «المبسوط» ٩/١٥٠-١٥١، و«الهداية» ٢/٤١٤، و«اللباب» ٣/٢٠٦.

(٣) «المبسوط» ٩/١٥١، و«تبيين الحقائق» ٣/٢٢١، و«مجمع الأنهر» ١/٦١٩، و«اللباب» ٣/٢٠٧.

(٤) «فتح القدير» ٥/٣٨٥، و«بدائع الصنائع» ٧/١١٩، و«مجمع الأنهر» ١/٦٢١.

(٥) «المبسوط» ٩/١٥٩، و«الهداية» ٢/٤١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/٢١٧، و«البحر الرائق» ٥/٦٠.

ومذهبُ الشافعي^(١) كمذهبُ أبي يوسف رحمهما الله في القبر في البيت المحرز المحروس. وفي مقابر البلاد وجهان في مذهبه، وظاهر مذهبه أنه لا قطع في نبش قبر في تربة ضائعة.

لهما أن كمالَ المالية والحرز ثابتٌ فيترتبُ على السرقة موجبها أما كمالُ المالية؛ فلأنَّ الأبوابَ المسروقةً صالحةٌ لإقامة المصالح بها، وأما الحرزُ فلأنَّ القبرَ حرزٌ للميت ولكفنه، إذ هو بيته ولأبي حنيفة^(٢) ومحمد^(٢) رحمهما الله أن السرقة أخذُ المالِ خفيةً واستساراً بالحيلة ليتمكنَ من الأخذ، وهذا يقتضي وجودَ حافظٍ؛ ليكون بالاختفاء محتالاً على التمكن من الأخذ ولا حافظُ ههنا / ١٢١ ب / والميتُ لا يصلحُ حافظاً ولا قبره؛ لأنَّه لم يوضع لحفظ الكفن بل لحفظ الميت رعايةً لحقه بإخفائه عن أعين الناس، فكان الاختفاء^(٣) للاستحياء من هذا الصنيع القبيح كالإختفاء في سائر الفواحش فلم تكمل السرقة، فلم يتناولهُ النصر؛ ولأنَّ الشبهة في الملك قائمة؛ لأنَّه لا ملك للميت حقيقةً ولا للوارث؛ لتقدم حاجة الميت، وكذلك الشبهة قائمة في المقصود من الحد؛ لأنَّه شرعٌ زاجراً، والزجرُ يستدعي كثرة وقوع الجناية، وهذه نادرة الوجود^(٢)، وما روي: من نبش قطعناه معارضٌ بقوله ﷺ: «لا قطع على المختفي» وهو النبَّاشُ في لغة أهل المدينة أو يحملُ على السياسة.

(١) «الأم» ١٤٩/٦، و«المهذب» ٢٧٩/٢، و«الوجيز» ١٧٤/٢، و«روضة الطالبين» ٣٤٣/٧.

(٢) «المبسوط» ١٥٩/٩، و«الهداية» ٤١٣/٢، و«تبيين الحقائق» ٢١٧/٣، و«البحر الرائق» ٦٠/٥.

(٣) في (ب): (الإخفاء).

قال: (ولو نقب ودخل وناول المال خارجاً لم يقطعا).

إذا نقب السارق البيت فدخل وأخذ المتاع وناولهُ آخر خارج البيت فلا قطع على واحدٍ منهما؛ لأنَّ الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يدٍ معتبرة على المال قبل خروجه من الدار، وأما الثاني فلم يوجد منه هتك الحرز فلم توجد السرقة من كل واحدٍ منهما^(١).

قال: (فإن أدخل يده فتناول منه يأمر بقطعهما، ويقطعه لو

أنفرد فنقب وأدخل يده كما لو أخذ من الكم

أو الصندوق).

هذه ثلاث مسائل:

الأولى: وهي من الزوائد، قال أبو يوسف^(١) رَحِمَهُ اللهُ: إذا نقب اللص البيت ودخل وأخذ المتاع ومعه آخر خارج الدار، فأدخل يده إليه وتناول المتاع منه قُطِعَ الداخل والخارج.

وقال أبو حنيفة^(١) ومحمد^(١) رحمهما الله: لا يقطعان، كما لو ناول الداخل الخارج ولم يدخل الخارج يده ولا يخرج الداخل يده.

وعن أبي يوسف^(١) رَحِمَهُ اللهُ فيما إذا أخرج الداخل يده فناوله^(٢) الخارج أنه يقطع الداخل وحده.

والثانية: إذا كان اللص وحده فنقب البيت، والمتاع قريب من النقب^(٣) فأدخل يده وأخذه.

(١) «المبسوط» ١٤٧/٩، و«بدائع الصنائع» ١٠٥/٧-١٠٦، و«الهداية» ٤١٥/٢،

و«الاختيار» ٣٤٥/٤، و«مجمع الأنهر» ٦٢٢/١.

(٢) في (ج): (فتناوله).

(٣) في (ج): (بيت).

قال أبو يوسف^(١): يقطعُ.

وقال^(١): لا يقطعُ.

والثالثة: إذا نقب صندوق الصيرفي أو أدخل يده في كمّ غيره فأخذ النصاب منه قطع إجماعاً، فأبو يوسف^(٢) رحمه الله قاس تينك الصورتين على هذه الصورة، والجامع أخذ المال المعصوم خفية من حرز لا شبهة فيه.

ولهما^(٢): - وهو الفرق - أن هتك الحرز كامل في الصندوق والكم وقاصر في البيت، وقصوره يورث الشبهة الدارئة للحد؛ لأن كمال الهتك في البيت بالدخول فيه عادة؛ لكونه ممكناً فيشترط، وليس بممكن في الكم والصندوق فاعتبر إدخال اليد^(٢).

قال: (ولو ألقاه ثم خرج فأخذه قطعناه).

إذا نقب اللص بيتاً ودخل فأخذ المتاع وألقاه خارج الدار ثم خرج بغير شيء فأخذه من الطريق يقطع^(٣).

وقال زفر^(٣) رحمه الله: لا يقطع؛ لأن الإلقاء لا يكون موجباً للقطع فصار كما لو خرج ولم يأخذه، وأخذه من الطريق لا يكون موجباً للقطع كما لو أخذه غيره.

ولنا: أن السراق يحتالون بالرمي عند تعذر الخروج بالمتاع أو ليتفرغ الخاطر للذب عن نفسه أو للفرار مخفياً، ولما لم تعترض على المتاع

(١) «المبسوط» ١٤٧/٩، و«فتح القدير» ٣٩٠/٥، و«البحر الرائق» ٦٥/٥، و«اللباب» ٢٠٨/٣.

(٢) «الهداية» ٤١٦/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٢٣/٣، و«اللباب» ٢٠٨/٣.

(٣) «المبسوط» ١٤٨/٩، و«الهداية» ٤١٥/٢، و«تبيين الحقائق» ١٢٢/٣-١٢٣.

المسروق يدُ أخرى معتبرة كان الكلُّ فعلاً واحداً حكماً، وإنما لم يقطع إذا لم يأخذه؛ لأنَّه يعدُّ مضيئاً لا سارقاً، وكذلك إذا أخذه غيره لا اعتراض اليدِ المعتبرة القاطعة للنسبة إليه^(١).

قال: (ولو حملة على دابة فساقتها حتى خرجت قطع).

لأنَّ سير الدابة مضافٌ إليه بواسطة سوقها، فكان الإخراج من فعله حكماً^(٢).

قال: (وقطعنا جماعةً تولي بعضهم الأخذ لا هذا وحده).

(إذا دخل جماعة الحرز وتولَّى بعضهم أخذ المال وحملة.)
فالقياصُ وهو قولُ زفر^(٣) رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يقطعُ الحاملُ وحده^(٤)؛ لأنَّ السرقةَ تمت^(٥) به وحده فيترتبُ عليه موجبُها، والاستحسانُ أنْ يقطعوا جميعاً؛ لأنَّ الإخراجَ وإنْ كان من أحدهم صورةً لكنه من الجميع معنىً للتعاون^(٦) على ذلك كما صحَّ في قطاع الطريق، وهذا ظاهرٌ فإنَّهم معتادون أنْ يحملوا أحدهم المتاعَ ويتشمرُّ الباقيون للذبِّ عنه وعنهم وحفظ من سيقدمُ عليهم، فلو أمتنع الحدُّ بذلك أفضى إلى سدِّ بابِ الحدِّ^(٧).

(١) «المبسوط» ١٤٨/٩، و«الهداية» ٤١٥/٢، و«تبيين الحقائق» ١٢٢/٣-١٢٣.

(٢) «المبسوط» ١٤٨/٩، و«الهداية» ٤١٥/٢، و«مجمع الأنهر» ٦٢٢/١، و«اللباب» ٢٠٧/٣.

(٣) «المبسوط» ١٤٩/٩، و«الهداية» ٤١٥/٢.

(٤) ساقطة من (ج).

(٥) في (ب): (ثبت).

(٦) في (ج): (للتعارف).

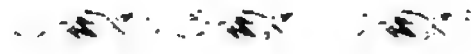
(٧) «المبسوط» ١٤٩/٩، و«الهداية» ٤١٥/٢، و«اللباب» ٢٠٧/٣-٢٠٨.

قال: (ولو شقَّ الثوبَ ثم أخرجَهُ لا يقطعُهُ).

السارقُ إذا شقَّ الثوبَ المسروقَ في الحرزِ ثم أخرجَهُ من الحرزِ، قال أبو يوسف رحمته الله^(١): لا يقطعُ؛ لانعقادِ سببِ ملكه في المسروقِ وهو الشقُّ فإنه يوجبُ الضمانَ والتملكَ^(٢)، فتثبتُ الشبهةُ المانعةُ عن الحدِّ.

ولهما^(١): أنَّ الشقَّ جنايةٌ مضافةٌ إلى جنايةِ السرقةِ فلا يصلحُ سببًا للملكِ، لكن المالكَ إذا اختارَ تضييمَهُ.

قلنا^(١): ينقلبُ ما كان جنايةً سببًا للملكِ / ١٢٢/ بطريقِ الضرورةِ فقبل اختيارِهِ تضييمَهُ لم ينعقدِ السببُ فلم تثبتِ الشبهةُ.



(١) «المبسوط» ١٦٤/٩، و«الهداية» ٤٢٢/٢، و«تبيين الحقائق» ٢٣٣/٣-٢٣٤، و«مجمع الأنهر» ٦٢٧/١-٦٢٨.

(٢) في (ب): (والمملك)، وفي (ج): (والتملك).

فصل في قُطَاعِ الطريقِ

قال: (إِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مَمْتَنُونَ أَوْ وَاحِدٌ مَمْتَنٌ لِقَطْعِ الطَّرِيقِ فَأَخَذُوا حُبْسًا لِيَتُوبُوا، فَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَنَصِيبَ كُلِّ نَصَابٍ قُطِعَتْ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ، وَإِنْ قَتَلُوا قُتِلُوا حَدًّا، وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى عَفْوِ الْأَوْلِيَاءِ، وَإِنْ جَمَعُوا فَالْإِمَامُ إِنْ شَاءَ جَمَعَ بَيْنَ الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ وَالصَّلْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَكْتَفَى بِالْقَتْلِ أَوْ الصَّلْبِ كَمَا قَالَا، وَيَأْمُرُ بِالصَّلْبِ مُطْلَقًا فِي رَوَايَةٍ).

الأصلُ في هذا الفصلِ قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ [المائدة: ٣٣].

ذكر تعالى أربعة أجزئة، والمراد -والله أعلم- توزيعها على هذه الأحوال الأربعة المذكورة في الكتاب؛ إذ من المحال أن تقابل الجناية الغليظة بأخف العقوبات، وأخفها بأغلظها، فكانت الحكمة الإلهية تقتضي أن تكون مرتبة رعاية للعدل بين الجناية وموجبها.

أمَّا الحالة الأولى: فهي ما إذا خرجوا ممتنعين فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا أو يقتلوا نفسا حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة، والحبس (هو)^(١) النفي المذكور في الآية؛ لأن الحبس نفي لهم ولشرهم عن وجه الأرض، ودفع لفسادهم، وهذا لأن النفي عن جميع وجه الأرض حقيقة

(١) في (ج): (يفيد).

غيرُ مرادٍ، لاستحالته، وكذلك نفيه من بلده؛ لأنَّ النَّفْيَ لدفع الشرِّ ولا يحصلُ ذلك عن غيرِ أهلِ بلده، وكذا نفيه عن دارِ الإسلامِ إلى دارِ الحربِ؛ لأنَّ في ذلك تعريضه للردَّة، فتعيَّن أن يكون المراد (به) ^(١) نفيه عن جميع وجهِ الأرضِ إلَّا عن موضعِ حبسه؛ لأنَّ بذلك يندفعُ شرُّه مطلقًا، وقد سُمِّيَ المحبوسُ خارجًا من الدنيا في قولِ بعضهم:

خَرَجْنَا مِنَ الدُّنْيَا وَنَحْنُ مِنْ أَهْلِهَا

فَلَسْنَا مِنَ الْأَحْيَاءِ فِيهَا ^(٢) وَلَا الْمَوْتَى

إِذَا جَاءَنَا السَّجَّانُ يَوْمًا لِحَاجَةٍ

عَجَبْنَا وَقَلْنَا: جَاءَ هَذَا مِنَ الدُّنْيَا ^(٣)

وللإمام أن يعزِّرهم مع الحبسِ لارتكابهم المنكر وهو الإخافة، وإنَّما شرطُ الأمتناع؛ لأنَّ المحاربة لا تتحقَّق من غيرِ منعه ^{(٤)(٥)}.

الحالةُ الثانيةُ: إذا أخذوا مالَ مسلمٍ أو ذميٍّ، والمالُ إذا قُسمَ على جماعتهم أصابَ كلَّ واحدٍ منهم نصابُ السرقةِ أو ما قيمته نصابُ قُطْعَتِ أيديهم وأرجلهم من خلافٍ، وإنَّما شرطُ أن يكون المالُ لمسلمٍ أو لذميٍّ؛ لتكون عصمةُ المالِ المأخوذِ مؤبدةً حتى لو قطع الطريقَ على المستأمنِ لا يجبُ القطعُ، ولا يقال: إِنَّ الآيةَ نزلتْ في حقِّ قومٍ جاؤوا يقصدون الإسلامَ. فوجب أن لا يشترط كون المالِ المأخوذِ لمسلمٍ

(١) كلمة (فيها) من (ج)، وحذفت الهمزة من (أهلها) للضرورة.

(٢) من (ب)، و(ج).

(٣) البيتان ينسبان للشاعر علي بن الجهم.

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٩٥، و«الهداية» ٢/ ٤٢٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٥-٣٥٦، و«اللباب»

٢١٠/٣.

(٥) في (ب): (محاربة).

أو ذمي، لأننا نقول: معناه أنهم أسلموا وجاءوا إلى دار الإسلام (مهاجرين).
وقيل: جاءوا لقصد الإسلام إلا أن من جاء دار الحرب إلى دار الإسلام
(قصد الإسلام)^(١) ووصل إلى دار الإسلام^(٢) فهو بمنزلة أهل الدمة
لا يجوزُ التعرضُ لهم، ذكر في «المبسوط»^(٣) وشرط أن يصيب كلا منهم
نصابٌ لئلا تُستباح طرقه إلا بتناول المال الذي له خطرٌ، والمراد: قطع اليد
اليمنى وقطع الرجل اليسرى كيلا يؤدي إلى تفويت جنس منفعة البطش
والمشي، وهذه الجناية مقابلة لقوله تعالى: ﴿أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ
وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ﴾^(٤) [المائدة: ٣٣].

الحالة الثالثة: أن يقتلوا ولا يأخذوا مالا، وهؤلاء يقتلون حداً وقد دلَّ
في المتن على أنهم قتلوا لا غير بقوله بعد ذلك: (وإن جمعوا) أي: من
القتل وأخذ المال، فذكر الجمع بعد ذلك قرينة دالة على أن مراده
بقوله: (قتلوا) أي: ولم يأخذوا مالا ولأن مقتضى التقسيم مما يدلُّ عليه
أيضا فاستغنى عن القيدية وهو أنهم إما أن لا يقتلوا ولا يأخذوا مالا
أو يأخذوا ويقتلوا (أو يقتلوا ولا يأخذوا)^(٥) مالا أو يأخذوا ولا يقتلوا.
وقوله: (حدا) يفيد أن هذا القتل حقُّ الله تعالى فلا ينفذ^(٦) عفو الأولياء
عنهم؛ لأن العفو إنما ينفذ فيما هو حقُّ العافي، وهذا حقُّ الشرع وهذه

(١) من (ج).

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٩٥.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٢٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٦، و«تبين الحقائق» ٣/ ٢٣٦، و«اللباب»
٢١١/ ٣.

(٥) طمس بالأصل، والمثبت من (ب، ج).

(٦) في (ب، ج): (يفيد).

الجنابة مقابلة لقوله تعالى: ﴿أَنْ يُقَتَّلُوا﴾ وإنما كان هذا القتل حقَّ الشرع؛ لأنها جنابة على حقِّه فيكون الجزاء حقَّه؛ وهذا لأنَّ قاطع الطريق محاربٌ لله تعالى، فإنَّ المسافرين في المفاوز لا أتكال لهم على ما يعصمهم من القُطَّاع من أبنية ولا حصون، ولكنَّهم مُتَكِلُونَ على أمان الله تعالى وحفظه، فالمتعرض لهم كأنَّه يحاربُ الله وبارزُهُ^(١).

الحالة الرابعة: أن يجمعوا بين قتل النفس وأخذ المال، فقال أبو حنيفة^(٢) رضي الله عنه: الإمام مخيرٌ بين أمرين إن شاء جمعَ عليهم بين القتل والصَّلب والقُطْع من خلافٍ، وإن شاء أكتفى إمَّا بالقتل وإمَّا بالصَّلب. وقال أبو يوسف^(٢) ومحمد^(٢) رحمهما الله / ١٢٢ب / (يكتفي الإمام بالقتل أو بالصَّلب، ولا يجمعُ إليه القُطْع. وظاهرُ الرواية هو التخيير بين القتل والصَّلب. وعن أبي يوسف^(٢) رضي الله عنه^(٣) أنه لا يترك الصَّلب مطلقًا؛ لأنَّه مَنْصُوصٌ عليه، والمقصودُ هو الشهرة للاعتبار. ووجهُ ظاهرِ الرواية أنَّ أضلَّ الشهرة حاصلٌ بالقتل وكمالها بالصَّلب، فيتخيرُ الإمام في الأقتصار والجمع. وهذه الرواية من الزوائد.

ولهما^(٢): أنَّ الإمام يكتفي بأحدهما؛ لأنَّ الجنابة واحدةٌ وهي قطع الطريق، فيكتفي فيها بعقوبة واحدة كمن قطع يدَ إنسانٍ عمدًا وقتله (عمدًا)^(٤) فإنه يُقتل وتدخل الأطراف في النفس، وكما إذا سرق ثم زنى محصنًا فإنه يُرجم ولا يُقطع.

(١) «المبسوط» ١٩٦/٩-١٩٧، و«الهداية» ٤٣٢/٢، و«البحر الرائق» ٧٣/٥، و«اللباب» ٢١١/٣.

(٢) «المبسوط» ١٩٦/٩-١٩٧، و«بدائع الصنائع» ١٥١-١٥٢/٧، و«الهداية» ٤٣٢/٢، و«البحر الرائق» ٧٣/٥، و«اللباب» ٢١١/٣-٢١٢.

(٣) ساقطة من (ب). (٤) من (ب).

وله^(١): أَنَّهَا عُقُوبَةٌ وَاحِدَةٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا قَطَعُ الطَّرِيقِ لَكِنَّهَا مَغْلُظَةٌ مِنْ حَيْثُ أُشْتِمَالِهَا عَلَى الْقَتْلِ وَأَخْذِ الْمَالِ، وَفِي ذَلِكَ تَفْوِيتُ الْأَمْنِ إِلَى الْغَايَةِ الْقَصْوَى فَيَتَغَلَّظُ مُوجِبُهَا، وَلِهَذَا كَانَ قَطْعُ الْيَدِ وَالرَّجْلِ مَعَ فِي الْكِبَرِ حَدًّا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ فِي الصَّغَرِ حَدَّيْنِ، وَالتَّدَاخُلُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْحُدُودِ، وَهَذَا حَدٌّ وَاحِدٌ، وَلَا يُقَالُ: إِنَّهُ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى الْقَتْلِ وَيَدَعَ الْقَطْعَ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: لَيْسَ ذَلِكَ لِأَجْلِ التَّدَاخُلِ، بَلْ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْإِمَامِ مُرَاعَاةُ التَّرْتِيبِ فِي إِجْرَاءِ حَدٍّ وَاحِدٍ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَبْدَأَ بِالْقَتْلِ، ثُمَّ إِذَا قَتَلَهُ فَلَا فَائِدَةَ فِي الْقَطْعِ بَعْدَ الْقَتْلِ فَلَا يَشْتَغِلُ بِهِ، كَالزَّانِي إِذَا جُلِدَ خَمْسِينَ وَهُوَ حُرٌّ فَمَاتَ يَتْرُكُ مَا بَقِيَ.

وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ هَذِهِ جُنَايَةٌ وَاحِدَةٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا قَطَعُ الطَّرِيقِ، وَجُنَايَتَانِ حَقِيقَةٌ مِنْ حَيْثُ الْقَتْلُ وَأَخْذُ الْمَالِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ الْأَنْفَرَادِ حَكْمٌ، فَإِذَا اجْتَمَعَا يَخِيرُ الْإِمَامُ، فَإِنْ شَاءَ مَالَ إِلَى جِهَةِ الْإِتْحَادِ، وَإِنْ شَاءَ مَالَ إِلَى جِهَةِ (التَّعْدَادِ)^(١)^(٢).

قال: (وَيُصَلَّبُ حَيًّا وَتُبْعُجُ بَطْنُهُ بِرِمَحٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ).

وعن الطحاوي رَحِمَهُ اللَّهُ^(٣): أَنَّهُ يُقْتَلُ ثُمَّ يَصَلَّبُ تَوْقِيًّا عَنِ الْمِثْلَةِ. وَوَجْهُ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ.

وَالِيهِ مَالُ الْكَرْخِيِّ^(٤) رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ الصَّلْبَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ أَبْلَغُ فِي الرَّدْعِ

(١) «المبسوط» ٩/١٩٦-١٩٧، و«بدائع الصنائع» ٧/١٥١-١٥٢، و«الهداية» ٢/٤٣٢، و«البحر الرائق» ٥/٧٣، و«اللباب» ٣/٢١١-٢١٢.

(٢) فِي (ب): (التَّعْدُدُ)، وَفِي (ج): (التَّعْدِي).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٢٧٦.

(٤) «الهداية» ٢/٤٢٤.

وهو المقصودُ به^(١).

قال: (ولا يُترك أكثر من ثلاثة أيام).

لأنَّ في تركه أكثر من ذلك إيذاءٌ للنَّاسِ ؛ لأنَّه يتغير (حينئذٍ)^(٢) وعن أبي يوسف^(٣) أنه يترك حتى يتقطع ويسقط ميلاً إلى زيادة الاعتبار بحاله ، وهذا أبلغ في الردع. ووجه الظاهر أنَّ ذلك حاصلٌ بما تقدَّم فلا حاجة إلى هذه المبالغة ؛ لأنها غيرُ مطلوبة^(٢).

قال: (ويقتلون بمباشرة أحدهم).

إذا كانوا جماعةً فبأشر القتل واحدٌ منهم أُجري القتلُ على جماعتهم ؛ لأنَّ هذا القتلَ جزاءُ المحاربة ، والمحاربةُ تتحققُ بأنَّ يحفظ بعضهم بعضاً وتمانعوا عنهم ، ومباشرةُ الواحدٍ مستندةٌ إلى قوته بالباقيين ، فيكون واقعاً منهم معنى^(٤).

قال: (وإن كان فيهم صغيرٌ أو مجنونٌ أو ذو رحمٍ محرمٍ من المقطوع عليه ، أو أخذ بعد التَّوبة وقد قتل عمداً صار القتلُ إلى الأولياء).

أمَّا إذا كان فيهم صبيٌّ أو مجنونٌ فسقوطُ الحدِّ عن الباقيين قولُ أبي

(١) «المبسوط» ١٩٦/٩ ، و«الهداية» ٤٢٤/٢ ، و«حاشية ابن عابدين» ١١٥/٤ ، و«اللباب» ٢١٢/٣ .

(٢) في (ب) : (جسده).

(٣) «الهداية» ٤٢٤/٢ ، و«الاختيار» ٣٥٧/٤ ، و«بدائع الصنائع» ١٥٢/٧ ، و«تبيين الحقائق» ٢٣٧/٣ ، و«مجمع الأنهر» ٦٣٠/١ .

(٤) «المبسوط» ١٩٨/٩ ، و«الهداية» ٤٢٤/٢ ، و«البحر الرائق» ٧٤/٥ ، و«حاشية ابن عابدين» ١١٥/٤ .

حنيفة^(١)، وزفر^(١)، وعن أبي يوسف^(٢) رحمهم الله أنه إذا بَاشَرَ العقلاء منهم القتل يحدُّ الباقيون، فكذلك الخلافُ في السرقة الصغرى.

له: أنَّ المباشَرَ (هو الأصلُ والردء تبعٌ، فالمباشِرُ إذا كان عاقلًا فلا خللٌ في مُباشَرَتِهِ ولا أَعْتَبَارَ بالخلل في التابع، ولو كان المباشِرُ)^(٣) هو الصبيُّ أو المجنونُ فالحكمُ بالعكس لوقوعِ الخلل في الأصل.

ولهما^(٢): أنَّها جنايةٌ واحدةٌ قائمةٌ بالكلِّ، وفعلٌ بغضِّهم غيرُ موجبٍ، فكان فعلُ الباقيين بعضَ العِلَّةِ، فلا يترتبُ عليه الحكمُ وصار كالخاطيء مع العامدِ وأمَّا ذو الرَّحِمِ المَحْرَم من المقطوع عليه الطريق فالحكمُ مطلقٌ أي: سواء كان المالُ المأخوذُ مُشْتَرَكًا بين من قطع عليهم الطريق أو غيرَ مُشْتَرَكٍ. وقد قيل: إنَّ الحكمَ مختصٌّ بما إذا كان المالُ مُشْتَرَكًا.

والأوَّلُ هو الأصحُّ ذكره صاحبُ «الهداية»^(٤) لأنَّ الجنايةَ واحدةٌ فإذا أَمْتَنَعَ الحدُّ في البعضِ أَمْتَنَعَ في حقِّ الباقيين^(٢)، بخلافِ ما إذا كان فيهم مستأمنٌ؛ لأنَّ الخللَ لمعنى في العصمة وإنَّها مخصوصةٌ (به)^(٥) وههنا الخللُ في الحرزِ، والقافلةُ حرزٌ واحدٌ، وإذا سقط الحدُّ صار القتلُ إلى الأولياءِ، فإن شاؤوا أَسْتَوْفَوْهُ، وإن شاؤوا عَفَوْا عنه^(٢).

(١) «الهداية» ٤٢٥/٢، و«الاختيار» ٣٥٧/٤، و«تبيين الحقائق» ٢٣٩/٣، و«اللباب» ٣١٣/٣.

(٢) «بدائع الصنائع» ١٤٦-١٤٧/٧، و«فتح القدير» ٤٢٩-٤٣٠/٥، و«تبيين الحقائق» ٢٣٩/٣، و«مجمع الأنهر» ٦٣٠/١، و«حاشية ابن عابدين» ١١٦/٤.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «الهداية» ٤٢٥.

(٥) من (ب).

وأما إذا أخذ قاطع الطريق بعد ما تاب وقد قتل عمداً فقتله إلى ولي القتل أيضاً؛ لأنَّ الحدَّ ههنا لا يقام بعد التوبة؛ لأجل الاستثناء في آخر الآية، ولأنَّ التوبة متوقفة إلى أن يردَّ المال إلى من أخذه منه، وإذا ردَّه أنقطعت الخصومة بين ربِّ المال وبين القاطع. وللإمام أن يقيم الحدَّ بعد خصومة صاحب المال في ماله وقد أنقطعت بوصوله إليه /١٢٣/ قبل المرافعة إلى الإمام وظهور الجناية عنده، فلا يُقام الحدُّ الذي هو حقُّ الله فيظهر حقَّ العبد في النفس والمال، فيستوفي الوليُّ القصاص إن شاء أو يعفو، ويجب ضمانُ المال إذا هلك في يده أو أستهلكه^(١)، وهذه من الزوائد.

قال: (ولو قطع الطريق بقرب العمران بمنعته أو أخذ في المصر مالا مغالبة لا نجعله قاطعاً بل يحبس ويؤدَّب ويسترد ما أخذ ويتخير).

ولي القتل إذا قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين القرى المتقاربة لا يكون قاطعاً للطريق أستحساناً. وفي القياس^(٢) وهو قول الشافعي رحمته الله^(٣) يكون قاطعاً لوجوده حقيقةً.

وقوله: (بمنعته) يشير إلى ضعف قوة السلطان؛ لأنَّ البعد عن الغوث شرط في مذهبه؛ لأنَّه بقرب العمران يعتمد على الهرب إلى العامر إلى

(١) «المبسوط» ٩/١٩٨-١٩٩، و«الهداية» ٢/٤٢٤، و«الاختيار» ٤/٣٥٨.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٧٦، و«المبسوط» ٩/٢٠١-٢٠٢، و«الهداية» ٢/٤٢٥، و«الاختيار» ٤/٣٥٧.

(٣) «المهذب» ٢/٢٨٥، و«الوجيز» ٢/١٧٩، و«حلية العلماء» ٨/٨٥-٨٦، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/٤٢٩، ٤٣٢.

شوكته، فإذا ضُعِفَتْ قوَّةُ السلطانِ كان قاطعُ الطريقِ في المصرِ وبقرِ العامرِ مُستندًا إلى منعتِهِ وشوكته، فيكونُ في الحكمِ كالبعيدِ عن الغوثِ، ولو دَخَلَ دارًا بالليلِ وأخذَ المالَ مكابرةً ومنعَ من الاستغاثةِ في وقتِ قوَّةِ السلطانِ ففي كونهِ قاطعًا أو سارقًا وجهان في مذهبه.

وعن أبي يوسف رحمته الله ^(١) أنَّه يكون قاطعًا إذا كان خارجَ المصرِ، وإن كان بقربه؛ لأنَّه لا يلحقه الغوثُ.

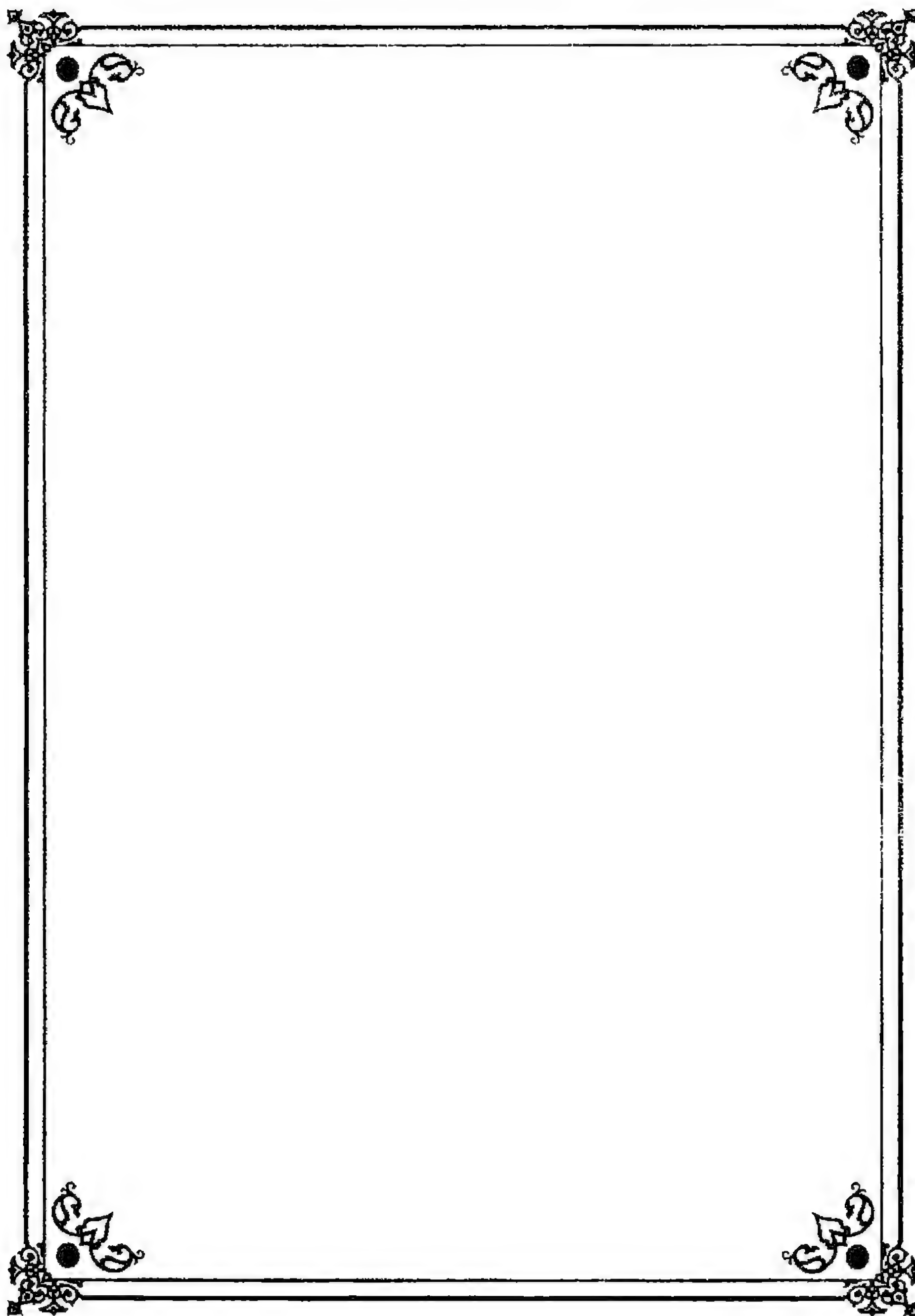
وعنه أيضًا: إن قاتلوا نهارًا بالسلاح أو قاتلوا ليلاً بسلاح أو خشبٍ فهم قُطَّاعُ الطريقِ؛ لأنَّ السلاحَ لا يلبثُ فلم يلحق الغوثُ وكذلك يبطئ لحوقه بالليل، فكان الخشبُ كالسلاح فيه.

ونحن نقول: إن قطعَ الطريقِ حقيقةً هو قطعُ المارة، وذلك لا يتحقق في المصرِ ولا بقربه للحوقِ الغوثِ ظاهرًا إلاَّ أنهم يؤاخذون برَدِّ المالِ إيصالًا للحقِّ إلى المستحقِّ، ويؤدبون ويحبسون؛ لارتكابهم الجناية، وإن قتلوا فالأمرُ فيه إلى الولي إن شاء أقتصر وإن شاء عفى، لما مرَّ ^(١).
(والله أعلم) ^(٢).



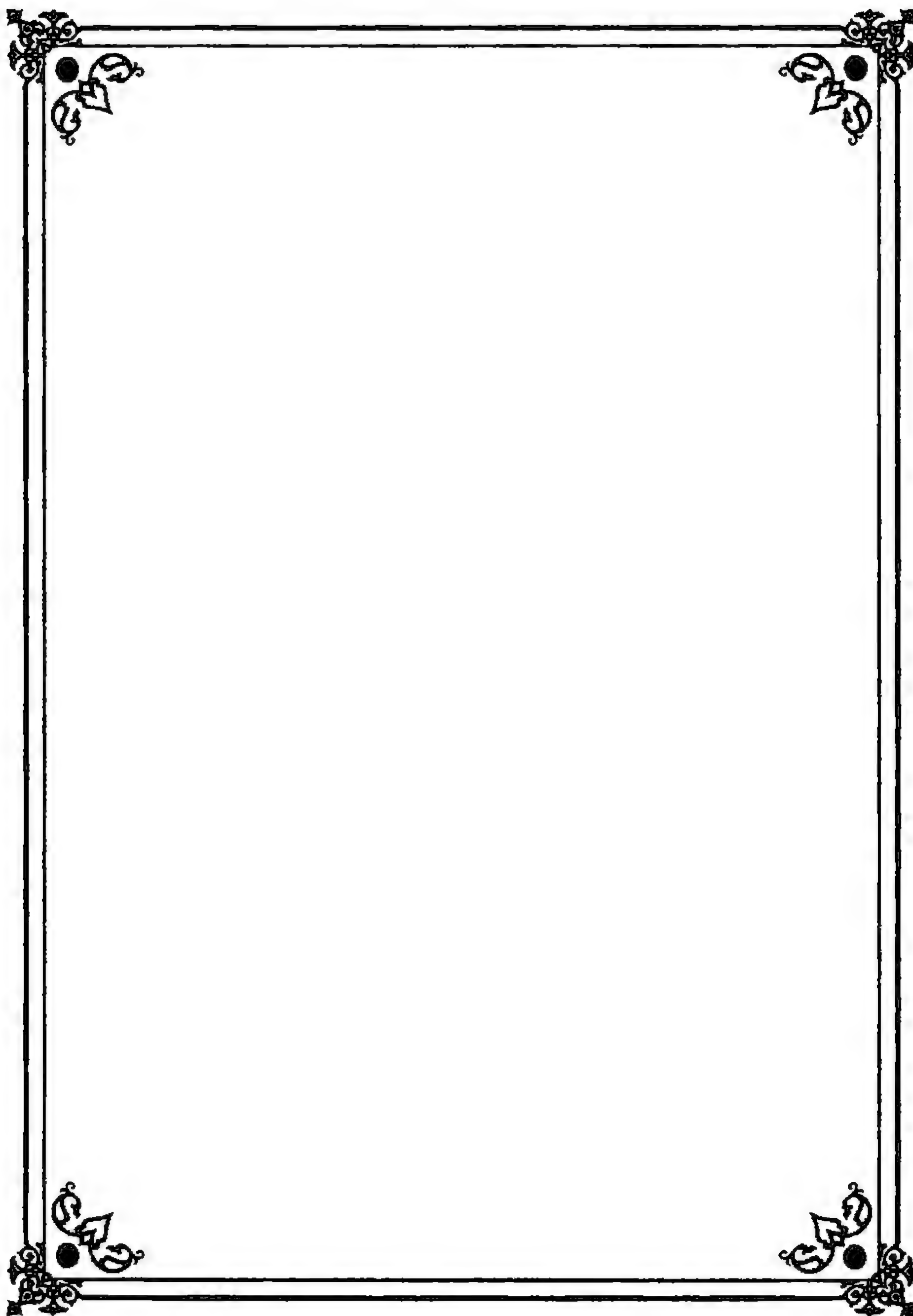
(١) «مختصر الطحاوي» ٢٧٦، و«المبسوط» ٢٠١/٩-٢٠٢، و«الهداية» ٤٢٥/٢، و«الاختيار» ٣٥٧/٤.

(٢) من (ب).



۳۹

کتاب الصیّد والدیاب



كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِح^(١)

قال: (يجوزُ صيدُ الحيوانِ الممتنعِ مطلقاً بالسهامِ المحددة،
والجوارحِ المعلمةِ كالباريِّ يعودُ إذا دُعي، والكلبِ
يتركُ الأكلَ، وتقديرُ المدةِ إلى المعلمِ وقالوا: ثلاث
مرّات وهو رواية).

الصيد^(٢) مصدرٌ صَادَ يصيد ويطلق على المصطاد ومثله الخلق والعلم
و﴿هَذَا خَلْقُ اللَّهِ﴾ [لقمان: ١١] أي: مخلوقه ولهذا قال أصحابنا رحمهم الله:
إذا حلف بعلم الله لا يكون يمينا إذا المرادُ معلومه.

والمرادُ ههنا الأصطياد وهو جائزٌ لغير المحرم وفي غير الحرم؛ لقوله
تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] ﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ
وَالسِّيَارَةِ وَحَرَمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] ﴿أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيْبَتُ وَمَا
عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّينَ﴾ [المائدة: ٤].

(١) وجه المناسبة لما كانت الحدود تحصل منها صيانة النفوس عن الفساد، وغير ذلك،
فكذلك يحصل من الصيد صيانتها عن الفساد والناشئ عن الأموال الخبيثة، إذ الصيد
ليس بمملوك لأحد، وإنه صاف عن كدر المنة، والظلم، وناسب ذكره عقب الحدود
من هذا الوجه.

«المستجمع شرح المجمع».

(٢) الصيد لغة: مصدر صَادَ يصيد وصيدا أمسكه بالمصيصة وقنصه، ويقال: صَادَ الناسُ
بالمعروف: تألفهم وجذبهم. يقال: صَادَ الرجلُ الطيرَ يصيده صيدا فالطير مصيد
الرجل صائد.

«مختار الصحاح» ٣٤٠ مادة صيد، و«المعجم الوسيط» ٥٣٠/١ مادة صَادَ،
و«المصباح المنير» ٢١٢ مادة صيد.

وقوله ﷺ: «الصيد لمن أخذه»^(١). وقوله ﷺ لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل، وإذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل»^(٢) وعلى إباحته الإجماع^(٣)، ويجوز صيد الحيوان الممتنع مطلقاً، منه ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل، أمّا قيد^(٤) الأمتناع؛ فلأنّ الصيد عبارة عنه؛ ولأنّ الجرح أقيم مقام الذكاة الاختيارية ضرورة العجز، ولا يتحقق العجز إلا في الممتنع، حتى لو رمى ظبياً مربوطاً وهو يظنه صيداً فأصاب ظبياً آخر (لم يؤكل؛ لأنّه بالربط خرج عن الأمتناع فخرج عن أن يكون صيداً، ولو رمى بغيراً قد ندّ فأصاب صيداً آخر)^(٥) حلّ؛ لأنّ البعير لما ندّ صار صيداً.

ويريد بقوله: (مطلقاً) ما يؤكل (منه)^(٦) وما لا يؤكل، أمّا ما يؤكل فيصاّد للحمه وما لا يؤكل لحمه فلانتفاع بشعره أو بجلده أو لدفع شره، والنّص مطلق فيتناول الكلّ، ويجوز الأصطياد بالسّهام المحدّدة وبالجوارح المعلمة، أمّا السّهام المحدّدة فآلة جارحة. وأمّا الجوارح فكالكلب والفهد وسائر السّباع المعلمة.

وعن أبي يوسف رحمه الله^(٧): أنّه استثنى الأسد والدّب وذاك لعلو همته وهذا لخساسته (فلا ينقادان، وألحق بعض المشايخ بها الحدأة؛

(١) ذكره ابن حجر في «الدراية» ٢/٢٥٦، وقال: لا أصل له والحكاية موضوعة.

(٢) أخرجه البخاري (١٧٥) كتاب الوضوء، باب إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعاً، ومسلم (١٩٢٩) كتاب الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(٣) «المبسوط» ١١/٢٢٠، و«الهداية» ٤/٤٥٤، و«البحر الرائق» ٨/٢٥٠.

(٤) في (ب): (صيد). (٥) ساقطة من (ب) و(ج).

(٦) من (ب).

(٧) «الهداية» ٤/٤٥٤، و«البحر الرائق» ٨/٢٥١، و«اللباب» ٣/٢١٧-٢١٨.

لخساسته^(١)، والخنزيرُ مستثنى؛ لكونه نجسَ العينِ فلا ينتفعُ به. وفي «الجامع الصغير»^(٢): وكلُّ شيءٍ علَّمته من ذي نابٍ من السباع وذي مخلبٍ من الطير فلا بأسَ بصيده ولا خيرَ فيما عدا ذلك إلا أن تتداركه حيًّا فتذكيه.

والأصلُ في ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّينَ﴾ والجوارح: الكواسب، والمكلبين: المسلطين فيتناولُ الكلَّ بعمومه.

وعند الشافعي رحمته الله^(٣) أن فريسةَ الفهد والنمر حرامٌ / ١٢٣ب/ لأنه لا يتأدَّب بترك الأكل، والبازي أيضًا لا يترك الأكلَ لكن إن صاد معلمًا ففي فريسته وجهان؛ لأنَّ جنسَ الطيور لا بدَّ لها من جراحةٍ، وتعليمُ جوارح الطيور بترك الأكل متعذرٌ، فإنَّها تحتلُّ الضربَ، ثمَّ التعليمُ شرطٌ؛ لأنه منصوصٌ عليه، ولأنَّه إنَّما يصير آلة إذا كان عاملاً للمرسل وذلك بالتعليم، وتعليمُ الكلب أن يترك الأكل ولم يقدر أبو حنيفة^(٤) مدةً في ترك الأكل، بل جعلَ ذلك مفوضًا إلى رأي المعلم.

وقال^(٤): تعليمُه أن يترك الأكل ثلاث مرَّاتٍ. وقولهما روايةٌ عن أبي حنيفة رحمته الله^(٤)، والتنبيه عليها من الزوائد.

وتعليمُ البازي أن يرجع إذا دعوته وهذا مأثورٌ عن ابن عباس رحمهما الله، والتعليمُ يكون بترك ما هو مألوفٌ ذلك الحيوان، والتوحش والنفار عادةُ البازي، فإذا أجاب إذا دُعي فقد ترك مألوفه، وذلك آيةٌ تعليمه

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الجامع الصغير» ٥٣٣.

(٣) «الوجيز» ٢/٢٠٧.

(٤) «فتاوى قاضيخان» ٦/٢٩٧، و«الهداية» ٤/٤٥٥، و«الاختيار» ٥/٤٤٩، و«البحر

الرائق» ٨/٢٥١-٢٥٢.

وأما الكلبُ فمألوفٌ إلَّا أنه يعتادُ الانتهابَ، فكان آيةُ تعلمه تركُ مألوفه^(١) وهو الأكل والاستلابُ، وبدنه يحتملُ التعليمَ بالضربِ فيعلمُ به، والبازيُّ لا يحتمله فيعلمُ بغير ذلك. والفهدُ له عادةُ النهبِ والنفار فيجمعُ عليه الأمران. ووجه التقييد بالمراتِ الثلاث أنَّ فيما دونها يحتملُ الترك شُبْعًا وبالترك ثلاثًا دليلُ الاعتیادِ، والثلاثُ مدةٌ مضروبةٌ في الشرعِ لإبلاءِ الأعذار.

ووجهُ قولِ أبي حنيفة رحمته الله^(٢) أنَّ المقاديرَ لا تعرفُ اجتهادًا وإنَّما طريقُها السماعُ ولا سمع، فيفوضُ إلى رأيِ الخير بتلك الصناعة كما هو أصلُ أبي حنيفة رحمته الله^(٢) في جنسِ هذه المسألة، وعلى الرواية التي نصت على الثلاثِ إذا ترك أكلَ ما صاده ثالثًا يحلُّ.

وعندهما^(٢): إذا تركَ الأكلَ ثلاثًا لا يؤكلُ الثالث؛ لأنَّه إنَّما يصيرُ معلَّمًا بعد الثلاثِ. وقيل: الحكمُ بأنَّه معلَّمٌ يكون الثالثُ صيدَ كلبٍ غيرِ معلَّمٍ فلا يحلُّ.

وله: أنَّ التركَ ثالثًا آيةُ تعلمه فكان صيدَ جارحةٍ معلَّمةٍ^(٢).

قال: (وإذا أُرْسِلَ المسلمُ أو الذميُّ، أو رميَ (سهمًا)^(٣) مسميًا فجرح فماتَ حلٌّ، وإن خنقه حرُمَ، وإن أدركه حيًّا لا يحلُّ إلَّا بالذكاة إذا تمكن).

(١) «المبسوط» ٢٢٣/١١، و«الهداية» ٤٥٥/٤، و«البحر الرائق» ٢٥١-٢٥٢/٨، و«اللباب» ٢١٨/٣.

(٢) «الهداية» ٤٥٥/٤، و«الاختيار» ٤٤٩/٥، و«البحر الرائق» ٢٥١-٢٥٢/٨، و«درر الحكام» ٢٧٣/١، و«عقود الجواهر المنيفة» ٦٣/٢.

(٣) من (ب).

أما اشتراط كون الرامي أو مرسل الكلب مسلماً أو ذمياً فلائن الصيد ذكاة اضطرارية فيعتبر بالاختيارية، ولا يجوز أكل ذبيحة غيرهما وأما اشتراط التسمية فلقوله ﷺ: «إِذَا أُرْسِلَتْ كَلْبُكَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ»^(١) شرط التسمية لحل الأكل، ونصب (مسمياً) على الحال؛ ليفيد بذلك اقتران التسمية بالإرسال والرمي؛ لأن الحال يقارنُ ذا الحال فيجب أن تكون التسمية مقارنة للإرسال والرمي؛ ولأن الجارح آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة لكن باستعمالها فينزل الإرسال منزلة رمي السهم، وإمرار (الشفرة فتشترط التسمية عنده)^(٢)، ولو ترك^(٣) التسمية ناسياً حل، ولو ترك عمداً^(٤) لم يحل خلافاً للشافعي رحمه الله^(٥) وسيأتي في فصل الذبح.

وأما الجرح فشرط في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله^(٦) أنه ليس بشرط.

وجه الظاهر أن الجرح تتحقق به الذكاة الاضطرارية وهي حصول الجرح في أي موضع كان من البدن بالآلة أستعملها الصائد، فكان الجرح بها منسوباً إليه.

(١) سبق تخريجه.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٥، و«فتاوى قاضيخان» ٢٩٦/٦، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٥، و«درر الحكام» ٢٧٣/١، و«اللباب» ٢١٨/٣.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) في (ب) و(ج): عاقداً.

(٥) «الأم» ٢٨١/٦، و«المهذب» ٢٥٩/١، و«الوجيز» ٢٠٨/٢، و«غاية البيان» ٣١٤.

(٦) «فتح القدير» ١١٧-١١٨، و«عقود الجواهر المنيفة» ٦٣/٢، و«إيثار الإنصاف» ٥١٣، و«اللباب» ٢١٩/٣.

وفي النص بقوله: (من الجوارح) إشارة إلى اشتراطه بتأويل الاشتقاق من الجراحة، وهذا التأويل (أولى)^(١) بالاعتماد من الكاسب إذ لا تنافي بينهما مع ما في الاشتراط من الأخذ باليقين، وإذا خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لما بيننا من اشتراط الجرح، وفي هذا دليل على أنه لا يحل بالكسر.

وعن أبي حنيفة رحمته الله^(٢) أنه إذا كسر منه عضوًا فمات حل؛ لأن الكسر جراحة باطنة فاعتبرت بالظاهرة.

وجه الأول: أن المعتبر إنما هو الجرح الذي يكون سبباً لإنهار الدم والكسر لا ينتهي بذلك فكان كالتخنيق، وإذا أدرك الصيد حيًا لا يحل إلا أن يزكّيه؛ لأن الإرسال والرمي أقيم مقام الذكاة الاختيارية بحكم الضرورة، فإذا جرح الصيد فمات فقد حصل الموت مضافاً إلى الآلة المستعملة في الذكاة الأضرارية فحصل المقصود بها، وإذا أدركه وهو حي لم يحصل المقصود - وهو إباحة الأكل من الذكاة الأضرارية - لقدرته على الذكاة الاختيارية، وحكم البدل يبطل بالقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، فتجب الذكاة.

قوله: (إذا تمكن) يعني: أن التمكن شرط في ذكاة ما أدركه حيًا^(٣).

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/١٩٦-١٩٧، و«الهداية» ٤/٤٥٩، و«الاختيار» ٥/٤٥٢-٤٥٣، و«اللباب» ٣/٢٢١.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٠٠، و«الهداية» ٤/٤٥٧، و«درر الحكام» ١/٢٧٣، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/٦٣-٦٤، و«اللباب» ٣/٢١٩.

قال: (ولو وَقَعَ في يده ولم يتمكن وحياته فوق حركة المذبوح حَرْمٌ والحلُّ رواية).

إذا أدركه حيًّا فلم يتمكن من ذبحه وهو في يده وبه حياةٌ تزيد على حياة المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية^(١).

وعن أبي حنيفة^(١) وأبي يوسف رحمهما الله أنه يحلُّ.

ووجهه أنه غير قادرٍ على الأصل وهو الذَّبْحُ فاكتفى بالذكاة الأضرارية كما إذا رأى المتيَّم الماء وهو غير قادرٍ على استعماله وجه ظاهر الرواية أنه قادرٌ / ١٢٤ / على الذكاة الاختيارية باعتبار ثبوت يده على الصيد وهو قائم مقام التمكّن من الذَّبْحِ إذ لا يمكن اعتباره حقيقةً لاحتياجه إلى مدةٍ يتفاوت فيها الناس حسب تفاوتهم في معرفة الذبح والإقدام عليه، وأدير الحكم على ثبوت يده عليه، وإنما شرط كون الحياة فوق حياة المذبوح؛ لأنه إذا بقى فيه ما يبقى في المذبوح من الحركة فهو ميت حكمًا لا اعتبار به. ألا ترى أنه لو وَقَعَ في الماء في هذه الحالة لا يحرم كما إذا وَقَعَ وهو ميتٌ، ولو وَقَعَ في يد صاحبه بعد أن شقَّ بطنه وأخرج ما فيه حلٌّ؛ لأن الباقي فيه من الحياة حركةٌ اضطراب المذبوح فلم يُعتبر كما لو وقعت شاةٌ في الماء بعد الذَّبْحِ، وإنما يعتبر من الحياة ما يتوهم معها البقاء. وقيل: هذا الجواب قولُهُما^(١).

وعند أبي حنيفة رحمهما الله^(١): لا يؤكل أيضًا؛ لأنه وَقَعَ في يده وهو حيٌّ فلا يحلُّ إلا بذكاة الاختيار^(٢) والروايتان وقيد التمكّن زوائد.

(١) «المبسوط» ١١/٢٤١-٢٤٢، و«الهداية» ٤/٤٥٧، و«الاختيار» ٥/٤٥١، و«درر الحكام» ١/٢٧٤.

(٢) في (ب)، (ج): (الاختيارية).

قال: (ولو ذكّي المنخنة أو الموقوذة، أو المتردية،
أو النطيحة، أو التي بقر الذئب بطنها وبها حياة
(خفية)^(١) حلت، وكونها بحيث تبقى يوماً شرط في
رواية ويعتبر أكثر لا فوق حياة المذبوح).

إذا أدرك المنخنة أو الموقوذة أو المتردية أو النطيحة أو التي بقر
الذئب بطنها وبها حياة خفية أو ظاهرة فذاها حلت في ظاهر الرواية
وعليها الفتوى^(٢).

ووجهها (الاستثناء المذكور)^(٣) في الآية وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا
ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] من غير فصل فوجب العمل بالإطلاق.

وروي عن أبي حنيفة رحمته الله^(٤) أنها إنما تحل إذا كانت بحالة تعيش يوماً
لولا الذبح؛ لأنها إذا لم تكن بهذه الحالة لا يدري أنها مذكاة أم ميتة
لإزهاق روحها بالذي أصابها قبل الذكاة، فلا يثبت الحل بالشك.

وعن أبي يوسف رحمته الله^(٤) أنه اعتبر كونها بحالة تعيش أكثر اليوم إقامة
للأكثر مقام الكل كذا ذكره في «المنظومة»^(٥).

وقال في «الهداية»^(٦): وعن أبي يوسف رحمته الله^(٧): إذا كان بحالٍ

(١) من (ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/٢٠٣-٢٠٤،
و«المبسوط» ٥/١٢، و«الهداية» ٤/٤٥٨، و«الاختيار» ٥/٤٥١.

(٣) في (ج): (الأشياء المذكور).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«المبسوط» ٥/١٢، و«الهداية» ٤/٤٥٧-٤٥٨، و«فتح
القدير» ١٠/١٢٢.

(٥) «المنظومة» لوحة (٨٤). (٦) «الهداية» ٤/٤٥٨.

(٧) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«المبسوط» ٥/١٢، و«الهداية» ٤/٤٥٧-٤٥٨.

لا يعيش مثله لا يحل؛ لأنه لم يكن موته بالذبح وعن محمد ﷺ^(١) أن الباقي فيها من الحياة إن كان أكثر مما يكون في المذكي يؤكل وإلا فلا لأنه لا معتبر بتلك الحياة كما بينا فاعتبر الزيادة عليها.

قال: (وإذا وقع الصيد في الماء أو على سطح أو جبل ثم تردى إلى الأرض حرم لا على وجه الأرض ابتداءً).

أما الأول: فلأنها متردية فتحرم بالنص؛ ولأن موتهما يحتمل أن يكون بغير الرمي فإن الماء مهلك والسقوط من عالي مهلك. وفيه حديث عدي^(٢) رضي الله عنه: «وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك»^(٣).

وأما الثاني: وهو من الزوائد، فلأن السقوط على الأرض ابتداءً لا يمكن التحرز عنه ولو اعتبر كان ذلك سدًا لباب الأصطياد، بخلاف الأول لإمكان الاحتراز عنه، والأصل الفارق أن سبب الحل والحرمة إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جانب الحرمة احتياطًا، فإن لم يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه، لأن التكليف بحسب الوسع، وإذا وقع على شجرة أو قصبة أو حرف آجرة^(٤) لم

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«المبسوط» ٥/١٢، و«الهداية» ٤٥٧/٤-٤٥٨.

(٢) هو عدي بن حاتم بن عبد الله بن سعد الطائي، وفد على النبي ﷺ سنة تسع، وقيل: سنة عشر، فأسلم وكان نصرانيًا، شهد فتوح العراق، ووقعة القادسية، ومهران ويوم الجسر مع أبي عبيد، وغير ذلك، وشهد صفين مع علي، وسكن الكوفة ومات بها بعد السادسة والستين، وله مائة وعشرون سنة.

ينظر «معرفة الصحابة» ٢١٩٠/٤، و«سير أعلام النبلاء» ٣/١٦٢-١٦٥.

(٣) رواه بنحوه البخاري (٥٤٨٤) كتاب الصيد والذبائح، ومسلم (١٩٢٩).

(٤) آجرة: الأجر اللين إذا طبخ وهو معرب. «المصباح المنير» ص ٩ مادة أجر.

يؤكل ، لا احتمال أنه مات بهذه الأشياء ، وطير الماء إن أصاب الماء الجرح لم يؤكل وإلا أكل ؛ لإمكان الاحتراز عن الأول دون الثاني^(١).

قال : (ولو غاب فلم يقعد عن طلبه فوجده ميتاً نحله).

إذا رمى سهمه فأصاب صيداً فجرحه فتواري عنه فلم يزل في طلبه حتى أدركه ميتاً حلّ أكله وإن قعد عن طلبه ثم أدركه ميتاً حرم^(٢). وللشافعي^(٣) فيما إذا أدركه ميتاً وليس به أثر آخر من صدم أو خنق أو غير ذلك قولان في حله ، ولو كان به أثر آخر حرم. وجه القول بالتحريم قوله ﷺ : « كُلْ مَا أَحْمَيْتَ وَدَعْ مَا أُنْمَيْتَ »^(٤).

والاصماء لغة هو أن يموت المرئى بإصابة سهمك قبل أن يغيب عنك والإنماء هو أن يموت بعد ما غاب عنك.

ولنا^(٢) : أن تواري الصيد من ضرورات الأصطياد ظاهراً خصوصاً في البوادي ، والموت بعد الوجدان بجوز أن يكون مضافاً إليه وإلى غيره ، فلا ينبغي أن يحلّ بالشك إقامة للموهوم مقام المتحقق في باب الحرمات إلا أننا أسقطنا اعتبار ذلك ما دام في طلبه إقامة للطلب مقام حقيقة الوجدان لمكان الضرورة ، بخلاف ما إذا تقاعد عنه حيث لا يؤكل ؛

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٢-٢٠٣ ، و«المبسوط» ١١/ ٢٢٤ ، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٤ ، و«اللباب» ٣/ ٢٢١.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٩٤-١٩٥ ، و«فتاوى قاضيخان» ٦/ ٢٩٦ ، و«الهداية» ٤/ ٤٦٤ ، و«اللباب» ٣/ ٢٢٠.

(٣) «الأم» ٦/ ٢٨١ ، و«التنبيه» ٨٣ ، و«المهذب» ١/ ٢٦١ ، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٨.

(٤) هذا أثر ابن عباس رضي الله عنهما. رواه البيهقي.

ينظر «التلخيص الحبير» ٤/ ١٣٦ ، و«خلاصة البدر» ٢/ ٣٧٦.

لقوله ﷺ في مثله: «لعلَّ هوامَّ الأرضِ قتلته»^(١) حين كره أكله، ولا ضرورة ههنا إلى الاعتبار؛ لعدم الأضرار.

قال: (ولو أكل البازيُّ ممَّا صاده يحلُّ، ولو أكل / ١٢٤ ب/
الكلبُ لا نحله مطلقًا).

إذا أُرْسِلَ الصائدُ البازيُّ فأكل ممَّا أضطاده لم يحرم أكله، ولو أُرْسِلَ
كلبه فأكل من الصيدِ حرم عندنا^(٢).

وللشافعي رحمه الله^(٣) قولان فيما إذا أكل الكلبُ من الفريسة نادرًا، ففي
قولٍ يحرم. وفي قولٍ: يحلُّ. ولو اعتاد الأكلَ حرم ما ظهرت عادته فيه،
وهل يحرم ما أكل منه قبل الذي ظهرت عادته؟ فيه وجهان:

فقيد الإطلاق يفيد الحرمة سواء كان نادرًا أو معتادًا، وهو من الزوائد.
وجه القول بالحل أن الكلبَ آله في الأصطياد وإنما يصير آله في العمل
له، فإذا أُرسله فامتثل ودعاه فأجاب فقد عمل له، فأكله بعد وقوع عمله
للمالك المرسل غير موجب للحرمة كالبازي، وكما لو أكل بعد الدفع
إلى المرسل.

ولنا: أنه صيدٌ كلبٍ غير معلَّم فلا يحلُّ تناولُ ما أضطاده؛ لحديث
عدي بن حاتم رضي الله عنه: «إذا أُرْسِلَتْ كلبُكَ المَعْلَمَ وذَكَرْتَ اسمَ الله تعالى
عليه فكلْ فإنه إنما أمسك عليك، وإن أكلَ منه فلا تأكلْ فإنه إنما أمسك

(١) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» مسندًا من حديث عبد الله بن أبي رزين، كما عزاه
الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٣١٤.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٠١، و«فتاوى قاضيخان» ٦/ ٢٩٧، و«الهداية»
٤/ ٤٥٦، و«اللباب» ٣/ ٢١٨.

(٣) «الأم» ٦/ ٢٨١، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٧، و«غاية البيان» ٣١٤.

على نفسه، وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تُسم على كلب غيرك»^(١)، ولأن النص قيد الحل بما أمسك علينا فإذا أكل منه فقد أمسك على نفسه لا علينا، وهذا لأن الأصطياد إنما هو بالأخذ أمّا الذهاب فموصل إليه لا أصطياد حقيقة، فلا بد من إظهار معنى الآلة في نفس الأصطياد وذلك بتبديل العادة المألوفة، وترك الأكل من الكلب ترك عادته فيما يأخذ، واعتباره ممكن فيتوقف كونه معلماً عليه، وهذا أولى من اعتبار الذهاب والإجابة إذ الكلب ألوف بطبعه فلم يكن الذهاب والمجيء تبديلاً للعادة، والفرق بينه وبين البازي أن اعتبار ترك الأكل منه متعذر؛ لعدم احتمال خبته^(٢) للتعليم بالضرب، ومن عادته النفار، فإذا أجاب عند الدعاء فقد علم ترك ما اعتاده فحكمنا^(٣) بأنه معلم^(٤).

قال: (وهو محرم ما بقي من صيوده من قبل).

إذا أكل الكلب ممّا أمسكه بعد الحكم بعلمه حرمت تلك الفريسة إجماعاً^(٣)، وهل يحرم ما كان صاده من قبل؟

قال أبو حنيفة رحمته الله^(٥): يحرم ما هو موجود عنده دون ما خرج عن ملكه. وقالوا^(٤): لا يحرم ما تقدّم من صيده، وإنما يحرم ما أكل منه وما

(١) سبق تخريجه، وهو في البخاري (٥٤٨٦) بنحوه.

(٢) الخبت: الخشوع والتواضع. «القاموس المحيط» ص ١٣٨ مادة: خبت.

(٣) في (ب): (فحملناه).

(٤) «المبسوط» ٢٢٢/١١-٢٢٣، و«الاختيار» ٤٥١/٥، و«فتح القدير» ١١٨/١٠-١١٩، و«عقود الجواهر المنيفة» ٦١/٢، و«اللباب» ٢١٨/٣.

(٥) «المبسوط» ٢٤٣/١١، و«فتاوى قاضيخان» ٢٩٧/٦، و«الهداية» ٤٥٦/٤، و«درر الحكام» ٢٧٣/١.

يصيده بعده إلى أن يترك الأكل ثلاث مرات؛ لأنَّ أكله يحتمل أن يكون معللاً بالنسيان فلا يتبين به أنه لم يكن معلماً. وعلل بعض المشايخ لهما بأنَّ حكمنا بكونه معلماً بالاجتهاد عند تركه الأكل ثلاث مرات فلا ينتقض إلا بمثله. وهذا يشير إلى أنه لا يحكم بجهله. حتى يوجد منه الأكل ثلاث مرات^(١).

وله: أن هذا كلب غير معلّم فيحرم صيوده، ولأنَّ الأكل ممَّا أصطاده دليلُ الإمساك على نفسه فتبين أنَّنا أخطأنا في الحكم بعلمه، ولا يحتملُ الأكل بالنسيان إذ الحرفة لا تُنسى^(١).

قال: (ولو شاركه أهلي أو غير مسمّى عليه عمداً أو كلب مجوسي أو أصابه المعراض بقرضه ولم يجرحه أو مات من بُندقة أو حجر حرم فإن جرحه الحجر وكان خفيّاً وبه حدّ حلّ).

أمّا الثلاثة الأولى فلما روينا من حديث عدي^(٢) رضي الله عنه؛ لأنّه اجتمع المحرم والمبيح فغلّبنا جهة الحرمة احتياطاً، ولو كان الكلب الثاني رده على الأول فمات بجرح الأول دون الثاني يكره أكله لوجود الاشتراك في الأخذ، وفقد المشاركة في الجرح. ولو كان المجوسي لا يناسب فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة بخلاف الكلبين ولو لم يرده الكلب الثاني) لكنّه اشتدّ على الكلب الأول فاشتدّ الأول بسبب ذلك على

(١) «المبسوط» ٢٤٣/١١، و«فتاوى قاضيخان» ٢٩٧/٦، و«الهداية» ٤٥٦/٤، و«درر الحكام» ٢٧٣/١.

(٢) تقدم ص ٤٦١.

الصيد فأخذه فلا بأس بأكله؛ لأنَّ فعلَ الكلب الثاني أثرٌ في الكلب الأول حتى ازداد طلباً لا في نفس الصيد فلم تقع المشاركة في أخذه ولا في جرحه، فكان فعلُ الكلب الثاني تبعاً للأول فلا يضاف الأخذُ إلى التبع، بخلاف ما إذا ردّه (عليه) ^(١)؛ لأنَّه صارَ أصلاً في الردِّ (فأضيف) ^(٢) الأخذُ إليهما، ولو أُرْسِلَ مسلمٌ كلبه فصاح عليه مجوسياً فأشددَ عدوه فلا بأس بصيده، ولو كان الكلبُ قد أُرْسِلَه مجوسياً فزجره مسلمٌ فانزجر حُرِّمَ ما أصطاده. ووجهه أنَّ الفعلَ إنَّما ينسخ بما هو مثله وبما هو فوقه، والزجر بناءً على الإرسالِ فكان دونَه وتبعاً له فلا ينسخ الأول به، وكلُّ من لا تجوزُ ذكاته كالمرتدِّ وتاركِ التسمية عمداً والمحرم فكذا في هذا بمنزلة ^(٣).

وأما المسألتان الأخريان فإذا أصابَ المعراضُ الصيدَ بعرضه ولم يجرحه لم يؤكل؛ لقوله ﷺ فيه: «ما أصابَ بحده فكلُّ وما أصابَ بعرضه فلا تأكل» ^(٤)، ولأنَّ الجرحَ شرطٌ على ما مرَّ. والثانية: إذا رمى /١١٢٥/ ذميُّ الصيدَ ببندقيةٍ فمات، أو بحجرٍ أو بعصا حُرِّمَ؛ لأنَّ ذلك كله في معنى الموقوذة ^(٥).

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (فأخذ).

(٣) «المبسوط» ٢٢٤/١١، و«الهداية» ٤٥٩/٤-٤٦٠، و«الاختيار» ٤٥١/٥، و«درر الحكام» ٢٧٣/١، و«اللباب» ٢١٨/٣.

(٤) رواه النسائي ٧/١٨٣، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٥٤٨)، من حديث عدي بن حاتم.

(٥) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«المبسوط» ٢٢٢/١١، و«فتاوى قاضيخان» ٢٩٩/٦، و«فتح القدير» ١٣٠/١٠.

فرع: ولو الحجر خفيفاً وبه حدٌ حلٌّ إذا جرحه لأننا تيقنا أن موته بسبب حدِّ الحجر لا بثقله، بخلاف ما إذا كان الحجر ثقيلاً؛ لاحتمال أنه قتله بثقله ولو كان رماه فأبان رأسه أو قطع العروق لا يؤكل؛ لأنَّ العروق قد تنقطع بالثقل فوق الشك. ولعله مات قبل قطع العروق ولو كان للعصا حدٌ فجرحت أكل؛ لأنها بمنزلة المحدد، فالحاصل أن الموت إن كان من الجرح بيقين حلٌّ، وإن كان من الثقل لا يحلُّ، وكذلك إن كان مشكوكاً فيه عملاً بالاحتياط^(١).

قال: (ولو أرسل على صيدٍ فأخذ غيره من غير عدول ولا مكثٍ نحلُّه).

إذا أرسل كلبه على صيدٍ فاصطاد غير ما أرسل عليه لا يحل عند الشافعي رضي الله عنه^(٢)؛ لأنه لم يصطد ما (أرسل عليه)^(٣) وما اصطاده لم يرسل عليه فكان كما لو صَادَ (بدون)^(٤) إرسالٍ، وعندنا^(٥) يحلُّ ما اصطاده إذا لم يعدل عن سننه ولم يمكث والقيدان زائدان؛ لأنه إذا لم يعدل يمينه ويسره (ولم يمكث)^(٦) فهو في حكم الإرسال الموجود من المرسل فيحلُّ، إذ المشروط في النص هو الإرسال لا التعيين، والزيادة على النص في معنى النسخ.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/١٩٦-١٩٧، و«المبسوط» ١١/٢٥٣، و«الهداية» ٤/٤٦٢-٤٦٣، و«الاختيار» ٥/٤٥١.

(٢) «الأم» ٦/٢٨١، و«المهذب» ١/٢٦٢، و«الوجيز» ٢/٢٠٧، و«التنبيه» ٨٣.

(٣) في (ب): (أرسله إليه). (٤) في (ب): (غير).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/١٩٨، و«المبسوط» ١١/٢٥٣، و«الهداية» ٤/٤٥٨، و«الاختيار» ٥/٤٥٠.

(٦) من (ب)، (ج).

فرع: لو أخذ ما أرسل عليه فقتله ثم أخذ صيداً آخر فقتله أكلاً جميعاً إن لم يمكث بينهما؛ لأنَّ الإرسال قائمٌ لم ينقطع بعدُ بمنزلة ما لو رمى صيداً فنقد إلى آخر فإنهما يحلان، ولو جثم على الأول طويلاً ثم مرَّ به صيدٌ فقتله لا يؤكل؛ لانقطاع حكم الإرسال^{(١)(٢)}.

قال: (ولو رماه فأبان عضواً يحرم المبان لا إن كان بجرح غير مدفٍ ولو قدّه نصفين أو أثلاثاً والأكثر مؤخر أو نصف رأسه أو أكثره أكلاً).

إذا رمى صيداً فأبان بالرمي عضواً منه أكل الصيد ولا يؤكل العضو^(٣). وقال الشافعي رحمته الله^(٤): إن أبانه بجرحٍ مدفٍ - أي قاتل في الحال - فالعضو حلالٌ وإن لم يكن الجرح مدففاً فذبح الصيد أو مات بجرحٍ آخر مدفٍ، فالعضو حرامٌ وإن مات بذلك الجرح فوجهان. له: أنه مبان بذكاة الأضطرار (فيحل المبان والمبان منه)^(٥) كما لو أبين الرأس بذكاة الاختيار، بخلاف ما إذا كان الجرح غير مدفٍ؛ لأنه ما أبين بالذكاة.

(١) في (ج): (الأول).

(٢) «فتاوى قاضيخان» ٢٩٩/٦، و«الهداية» ٤٥٨/٤-٤٥٩، و«الاختيار» ٤٥٠/٥، و«درر الحكام» ٢٧٥/١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩-٣٠٠، و«مختصر اختلاف العلماء» ١٩٩/٣-٢٠٠، و«المبسوط» ٢٥٣/١١، و«فتاوى قاضيخان» ٢٩٨/٦، و«الهداية» ٤٦٣/٤-٤٦٤، و«اللباب» ٢٢٢/٣.

(٤) «الأم» ٢٨٢/٦.

(٥) في (ب): (فيجعل المبان والمبان منه حلالاً).

ولنا: قوله ﷺ: «ما أبين من الحي فهو ميت»^(١) والحي المذكور مطلقٌ فينصرف إلى الحي حقيقةً وحكمًا والمبان كذلك إذ المبان منه حي حقيقة؛ لوجود الحياة فيه، وكذا حكمًا؛ لأنه يتوهم بقاءه بعد هذه الجراحة وقد اعتبر الشرع ذلك، فإنه لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة لحرم، وهذا بخلاف ما إذا كان المبان مما يلي العجز وهو الأكثر، ولأنه حينئذ مبانٌ بذكاة الأضرار؛ لأن الموجد منه ذكاة الأضرار؛ ولهذا لو وقع في الماء يؤكل؛ لأنه بمنزلة المذكي بذكاة الاختيار فقد وقع في الماء بعد التذكية، أما إذا كان الأكثر مما يلي الرأس فالموجد منه ليس بذكاة، لأن الشرع قد اعتبر بقاء حياته بعده حتى حكم بحرمة لو وقع في الماء فلا يكون مبانًا بالذكاة فيكون حرامًا بالنص. فالحاصل أن المبان من الحي حقيقةً وحكمًا لا يحل، والمبان من الحي صورة لا حكمًا يحل فتترتب الفروع على هذا، فإذا قطع يداً أو رجلاً أو فخذاً أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه؛ لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي، ولو قدّه نصفين أو قطعه أثلاثاً والأكثر مما يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو الأكثر منه يحل المبان منه؛ لأن المبان عنه حي صورة لا حكمًا إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح^(٢).

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨) والترمذي (١٤٨٠) والحاكم ١٢٤/٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩-٣٠٠، و«مختصر أختلاف العلماء» ١٩٩/٣-٢٠٠،

و«المبسوط» ٢٥٣/١١-٢٥٤، و«فتاوى قاضيخان» ٢٩٨/٦، و«الهداية» ٤٦٣/٤-

٤٦٤، و«اللباب» ٢٢٢/٣.

قال: (وإن أثنى صيداً برميهِ ثم رماه آخرُ فقتله حرم ويضمن
للاول قيمته إلا نقص جرحه وإن لم يشحنه الأول حلَّ
وكان للثاني).

إذا رمى الصائدُ صيداً فأثنىه وأخرجه عن حيز الأمتناع فرماه آخرُ فقتله
لم يؤكل؛ لأنَّ بالإثخان صارت ذكاته اختياريةً وكان بالجرح من الثاني
ميتةً، وهذا إذا كان الصيدُ بحالٍ ينجو من الرمية الأولى ليكون الموتُ
مضافاً إلى الثاني، وإن كان بحالٍ لا يسلمُ من الأولى بأن قطع رأسه
أو بقر بطنه ونحو ذلك يحلُّ؛ لأنَّ الموت مضافٌ إلى (الرمي الأول
فالتحق وجود المبان^(١) بعده، ويضمن الثاني للأول فيما إذا كان
الموت مضافاً إلى^(٢)) رمية فيضمن قيمة ذلك الصيد غير ما نقيته
الجراحة؛ لأنه أُلِفَ عليه صيداً مملوكاً له؛ لأنه بإثحانه صار ملكه
/١٢٥ب/ لأنه خرج به عن حيز الأمتناع وهو معيبٌ بالجراحة، والقيمةُ
واجبةٌ بالإتلافِ هذا إذا أثنى الأولُ برميهِ فإن لم يشحنه برميهِ فرماه
الثاني فقتله أكل؛ لأنه صيد على حالة لم يكن خارجاً عن حيز الأمتناع
حين رماه الثاني وهو للثاني؛ لأنه هو الذي أخذه وأخرجه عن حيزِ
الأمتناع برميهِ^(٣)، قال ﷺ: «الصيدُ لمن أخذه»^(٤).

(١) في (ج): (الثاني).

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «فتاوى قاضيخان» ٢٩٨/٦، و«الهداية» ٤٦٤-٤٦٥/٤، و«الاختيار» ٤٥٣/٥-

٤٥٤، و«اللباب» ٢٢٢-٢٢٣.

(٤) سبق تخريجه.

قال: (وإن رميا معًا فسبق أحدهما وأثخنه ثم لحقه الآخر فقتله كان للأول، وحكما بحله).

رجلان أطلقا سهميهما معًا وسميًا الله تعالى فأصاب أحدهما الصيد قبل الآخر فأثخنه ثم أصاب الآخر فمات فالصيد للأول لأنه هو الذي أحرزه بإثخانه وجاز أكله^(١).

وقال زفر رحمته الله^(٢): لا يجوز؛ لأن الثاني أصابه وهو ليس بصيد فلم يحل بالذكاة الأضرارية، والمعتبر وقت الإصابة لا وقت الرمي؛ ولهذا كان ملكًا للأول وصار كما لو تعاقبا في الرمي.

ولنا^(١): أن رمي كل منهما موجب للحل؛ لكونه رميًا إلى صيد مأكول مع التسمية، والمعتبر في الحل حال الرمي؛ لأن الحل بالذكاة، والذكاة فعل المذكي والموجود منه ذكاة منحصر في الرمي، والمعتبر في الملك حال الإصابة؛ لأن ثبوت الملك بالإحراز، والإحراز بالإصابة دون نفس الرمي، بخلاف ما إذا تعاقبا؛ لأن الإثخاف الحاصل (به)^(٣) بإصابة الأول مضاف إلى سبب الإصابة وهو الرمي فكان الرمي الثاني مصادفًا له وهو غير صيد فلم يكن ذكاة.

قال: (أو رمي ذئبًا وسمي فأصاب ظبيًا أجزنا أكله).

مسلم وذمي أطلق سهمه مسميًا قاصدًا للخنزير أو ذئب أو أسد فأصاب سهمه ظبيًا حل أكله^(٤).

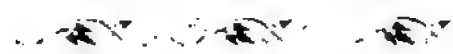
(١) «فتاوى قاضيخان» ٢٩٨/٦، و«الهداية» ٤/٤٦٤-٤٦٥، و«الاختيار» ٥/٤٥٤.

(٢) «الهداية» ٤/٤٦٤-٤٦٥. (٣) من (ب).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/١٩٨-١٩٩، و«فتاوى قاضيخان» ٦/٣٠٠، و«الهداية» ٤/٤٦٠-٤٦١.

وقال زفر رحمته الله^(١) : لا يحل ؛ لأنَّ رميه لم ينعقد مفيداً لحلِّ ما يصيبه فلا ينقلبُ مفيداً له ، كما لو قصدَ إنساناً وسمَّى فأصابَ صيداً ؛ وهذا لأنَّ الذئب ليس بصيدٍ ، ألا ترى أنه لا يجبُ بقتله على المحرمِ جزاءً ، والخنزيرُ والأسدُ حكمهما حكمه بالإجماع^(١) .

ولنا^(١) : أنه رمى إلى صيدٍ فأصابَ صيداً آخر فجاز أكله كما لو قصدَ حمارَ وحشٍ فأصابَ ظبيّاً ؛ وهذا لأن الصيدَ أَسَمَ للمتوحشِ الممتنع الذي لا يؤخذ إلا بحيلةٍ والمرمي إليه كذلك ، ولهذا وجب على المحرمِ بقتلِ الخنزير والأسد الجزاء إذا لم يوجد الصيالُ منهما ، وحكم الذئب في هذه الحالة حكمهما بالإجماع ، وإنما لم يجب بقتلِ الذئبِ الجزاء ؛ لأنه في معنى الفواسقِ الخمسِ اللواتي يقتلن في الحلِّ والحرم بلا جزاء بالنص ، لا لأنه ليس بصيدٍ^(١) .



(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/١٩٨-١٩٩ ، و«فتاوى قاضيخان» ٦/٣٠٠ ، و«الهداية» ٤/٤٦٠-٤٦١ .

فصل في الذبائح^(١)

قال: (يذكي اختيارًا في الحلق واللبة، واضطرارًا بالجرح أين أتفق).

الذكاة شرط حل الذبيحة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] ولأنه سبب لتمييز الدّم النجس عن اللحم الظاهر، ويثبت بالذكاة الحل، وطهارة المذبوح مأكولًا كان أو غير مأكول، فإن الذكاة تنبئ عن الطهارة، قال ﷺ: « ذكاة الأرض يبسها »^(٢)، وهي على نوعين: ذكاة اختيارية، وذكاة اضطرارية.

فالاختيارية: هي الذبح في الحلق واللبة، قال ﷺ: « الذكاة ما بين اللبة واللحين »^(٣)، يريد موضع الذكاة وهي قطع عروقي معلومة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى.

وأما الاضطرارية: فهي الجرح في أي موضع أتفق، وإنما تجوز عند العجز عن الذكاة الاختيارية وذلك مثل الصيد على ما مر، ومثل ما يوحش من النعم كالبعير الناد فلو رماه فقتله حل أكله؛ لأن الجرح في غير موضع

(١) الذبح لغة: الذبح بالكسر ما يذبح ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَدَّيْنَتْهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ﴾ والذبح والمذبوح، والذبح: ما أعد للذبح، وجمعها: ذبائح، وأصل الذبح: الشقة. «مختار الصحاح» مادة ذبح ص ٢٠٦، و«المصباح المنير» ١٢٦ مادة ذبح.

(٢) رواه ابن أبي شيبة ٥٩/١ (٦٢٤) من قول محمد بن المهاجر عن أبي جعفر، وعبد الرزاق في «المصنف» كما عزاه الزيلعي ٢١٣/١.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» ١٨٥/٤: غريب بهذا اللفظ وروي بمعناه عند الأربعة أبو داود (٢٨١٨)، والترمذي (١٤٨١)، والنسائي ٢٦١/٧، وابن ماجه (٣١٨٤) من حديث أبي العشاء الدارمي. وقال الترمذي: حديث غريب. وقال ابن الملقن في «البدر المنير» ٢٤٥/٩: الحديث ضعيف؛ لأن فيه أبا العشاء.

الذبح أقيم مقام الذبح في موضعه عند العجز عنه للحاجة إليه، والبقر والبعير إذا ندّا في الصحراء أو في المصر بمنزلة الصيد، والشاة في الصحراء إذا ندت كذلك، وأما في المصر فلا تحل بالعقر لإمكان أخذها، بخلاف البعير والبقر لتصور حصول الأذى منهما فيتحقق العجز، ولو تردى في بئر ولا يقدر على ذكاته في العروق فهو كالصيد إذا لم يتوهم موته بالماء^(١).

قال: (ويشترط فيهما التسمية ولو تركها ناسيًا حل).

التسمية على الذبيحة شرط حتى لو تركها عمدًا تحرم الذبيحة ولا يجوز بيعها، ولو حكم القاضي بصحة البيع لا ينفذ حكمه وكذلك عند إرسال الجارح وعند الرمي، وأشار بضمير التثنية إلى الذكاة الاختيارية والاضطرارية^(٢).

وقال الشافعي رحمته الله^(٣): التسمية مستحبة وليست بشرط؛ إذ لو كانت شرط الحل لما تفاوت الحل بين تركها عمدًا ونسيانًا كالطهارة لما كانت شرطًا لصحة الصلاة ثبت التساوي في (تركها بين الحالتين)^(٤)، فإنه لا يصح وجود المشروط مع عدم شرطه على أنها لو كانت /١١٢٦/ شرطًا فإن الملة تجوز أن تقام مقامها كما (لو)^(٥) أقيمت في النسيان^(٦).

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦، و«الهداية» ٣٩٣/٤، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٥، و«الاختيار» ٤٥٥/٥، و«درر الحكام» ٢٧٦/١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦، و«المبسوط» ٢٢٨/١١، و«إيثار الإنصاف» ٥١٣، و«اللباب» ٢٢٤/٣.

(٣) «الأم» ٢٨١/٦، و«الوجيز» ٢٠٨/٢، و«التنبيه» ٨٢، و«غاية البيان» ٣١٤.

(٤) في (ج): (بتركهما من الجانبين). (٥) من (ب).

(٦) «الهداية» ٣٩٤/٤، و«الاختيار» ٤٥٥/٥-٤٥٦، و«درر الحكام» ٢٧٨/١.

ولنا^(١) : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ [الأنعام : ١٢١]
 ومقتضى النهي الحرمة ، وقوله ﷺ لعدي رضى عنه : « إذا أرسلت كلبك المعلم
 وذكرت اسم الله عليه فكل ؛ لأنه إنما أمسك عليك ، وإن أكل منه فلا تأكل ؛
 لأنه إنما أمسك على نفسه ، وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك
 إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك »^(٢) ؛ ولأن ابن عمر
 ومن تبعه من الصحابة رضي الله عنهم كانوا يعتقدون حرمة أكل متروك التسمية عن
 نسيان قياساً على حرمة أكل متروك التسمية عمدًا ، وعلي وابن عباس
 ومن وافقهما من الصحابة رضي الله عنهم كانوا يعتقدون حلّ أكله ويفرقون بين
 الترك عمدًا ونسيانًا ؛ لقيام العذر في النسيان فأقيمت الملة^(٣) مقامها
 تخفيفًا وتيسيرًا ، وعدم العذر في فصل العمد ، إذ القاصد للترك جانٍ
 (يكاد)^(٤) يكون مستخفًا باسم الله تعالى لقصد تركه ، والجنابة سببٌ
 للعقوبة لا للتخفيف فحرمت ذبيحته زجرًا له ، وهذا من الصحابة إجماعٌ
 على حرمة متروك التسمية عمدًا^(٥) ، ونقل صاحب «المنظومة»^(٦) أن
 تارك التسمية ناسيًا تحرم ذبيحته عند مالك رضي الله عنه^(٧) ، وتركت هذا
 الخلاف ؛ لأنه ليس مشهور مذهب.

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦ ، و«الهداية» ٣٩٤ / ٤ ، و«الاختيار» ٤٥٦ / ٥ ، و«اللباب»
 ٢٢٤ / ٣ .

(٢) سبق تخريجه ، وهو في البخاري (٥٤٨٦) بنحوه .

(٣) في (ب) : (المسألة) .

(٤) من (ب) ، (ج) .

(٥) «المبسوط» ٢٣٧-٢٣٨ ، و«الهداية» ٤٥٥-٤٥٦ / ٤ ، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٦ .

(٦) «المنظومة» لوحة رقم (١٤٢) .

(٧) «التلقين» ٢٦٨-٢٦٩ ، و«الكافي» ١٧٩ .

قال ابن بشير في كتاب «التنبيه» له: فإن ترك التسمية متهاوناً لم يؤكل بلا خلافٍ على ظاهر المذهب؛ لأنه كالغائب فيعاقب بترك الأكل، وإن تركها ناسياً أكله بلا خلافٍ أيضاً في المذهب، وإن تركها عامداً غير متهاونٍ ففي هذا المذهب قولان أشهرهما أنها لا تؤكل؛ فلذلك تركت نصب الخلاف فيه. ثم التسمية في الذكاة الاختيارية تشترط عند الذبح على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي؛ لأنَّ المقدور له في الأول هو الذبح، وفي الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فيشترط وجود التسمية عند الفعل المقدور عليه، حتى إذا أضجع شاةً وسمي وذبح غيرها بتلك التسمية لا يحل^(١)، ولو رمي إلى صيد وسمي وأصاب غيره حل، وكذا في الإرسال، ولو أضجع شاةً وسمي وذبحها بشفرة أخرى حل أكلها، ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيداً ولم يسم عليه لم يؤكل. والفرق أن التسمية على الذبيحة شرط؛ لقوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ [الحج: ٣٦] فإذا تبدلت الذبيحة أرتفع حكم التسمية عليها، وفي الرمي والإرسال التسمية شرط على الآلة، قال ﷺ: «إذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل» وقال ﷺ: «فإنما سميت على كلبك» فما لم تبدل باقية، وإذا تبدلت أرتفع حكم التسمية الآلة فالتسمية عليها واحتاج إلى تسمية أخرى^(٢).

(١) «الهداية» ٤/ ٣٩٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩١.

(٢) «الهداية» ٤/ ٣٩٤-٣٩٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٦-٤٥٧، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٨،

و«اللباب» ٣/ ٢٢٤.

قال: (ويكره أن يذكر مع أسم الله تعالى غيره فإن وصل وعطف حرم).

إذا ذكر مع أسم الله تعالى غيره فلا يخلو إما أن يذكر موصولاً أو مفصلاً معطوفاً أو بغير عطف فإذا ذكره مفصلاً بغير عطف، كره المذبوح وحلّ أكله كما إذا قال: باسم الله محمد رسول الله؛ لأنّ الشراكة لم توجد؛ لعدم العاطف فلم يكن الذبح واقعاً لغير أسم الله تعالى، لكنه يكره لوجود القران. صورة فيتصور بصورة المحرم^(١).

وأما إذا ذكر موصولاً معطوفاً بأن يقول: باسم الله ومحمد رسول الله - بكسر الدال - فتحرم الذبيحة؛ لأنه أهلّ بها لغيره، ولو رفع لا يحرم، لأنه استئناف كلام غير متعلق بالذبيحة، وأما إذا ذكر أسم غيره مفصلاً صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية أو قبل إضجاع الذبيحة أو بعده فهذا لا بأس به^(٢)، فقد روي عنه عليه السلام أنه قال بعد الذبح: «اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية وشهد لي بالبلاغ»^(٣).

والشرط هو الذكر الخالص والمجرد. قال ابن مسعود رضي الله عنه: جردوا التسمية^(٤)، حتى لو قال عند الذبح اللهم أغفر لي لا يحل؛ لكونه دعاءً ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حلّ، ونقل عن ابن عباس

(١) «المبسوط» ٢٢٨/١١، و«الهداية» ٣٩٥/٤، و«الاختيار» ٤٥٧/٥، و«اللباب» ٢٢٤/٣.

(٢) «فتاوى قاضيخان» ٣٠٢/٦، و«الهداية» ٣٩٥/٤، و«الاختيار» ٤٥٧/٥، و«درر الحكام» ٢٧٨-٢٧٩/١.

(٣) رواه مسلم (١٩٦٧) من حديث عائشة بلفظ: «بسم الله الرحمن الرحيم الله، اللهم تقبل من محمد ومن آل محمد ومن أمة محمد». ثم ضحى به.

(٤) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ١٨٤/٤ وقال: غريب.

وقال ابن حجر في «الدراية» ٢٠٦/٢: لم أجده.

ﷺ أنه قال: بسم الله الرحمن الرحيم والله أكبر، وهذا هو المتداول على الألسنة^(١)، كذلك فسر ابن عباس في قوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾^(٢) [الحج: ٣٦].

قال: (ولا تحلُّ ذكاة غير المسلم والكتابي).

أما اشتراط كون الذابح مسلماً؛ فلقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ والخطابُ للمسلم^(٣) وأما الذمي؛ فلقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾ وقال ﷺ في المجوس: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا ذَبَائِحَهُمْ»^(٤)، فدلَّ على حلِّ ذبائح أهل الكتاب، فإن سَمَّى النصرانيَّ المسيحَ وسمَّههُ المسلمُ لا يأكلُ منه، ولو قال: بسم الله. وهو يعني المسيح يؤكل منه بناءً على الظاهر، ويشترط أن يكون (عاقلاً للتسمية)^(٥) قادراً على الذبح ضابطاً للذبيحة، فتحوز ذبيحة الصبيِّ القادر

(١) «فتاوى قاضيخان» ٣٠٢/٦، و«الهداية» ٣٩٥/٤، و«الاختيار» ٤٥٧/٥، و«درر الحكام» ٢٧٨-٢٧٩/١.

(٢) رواه الحاكم ٢٣٣/٤ من حديث شعبة عن سليمان عن أبي ظبيان، به. وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. قال ابن حجر في «الدراية» ٢٠٦-٢٠٧/٢: ورجاله ثقات، وفي الباب حديث مرفوع متفق عليه من طريق قتادة عن أنس.

(٣) في (ب)، (ج): (للمسلمين).

(٤) قال ابن حجر في «الدراية» ٢٠٥/٢: لم أجده بهذا اللفظ، لكن روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة من طريق الحسن بن محمد ابن الحنفية رفعه: كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام. فمن أسلم قبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم. وهو مرسل جيد الإسناد اهـ. أنظر: «مصنف عبد الرزاق» ٦٩-٧٠/٦، و«مصنف ابن أبي شيبة» ٤٧٨/٣.

(٥) في (ج): (عالمًا بالتسمية).

على الذبح، وكذلك المرأة مسلمة كانت أو كتابية^(١)، وإذا كان الذابح صبيًا أو مجنونًا أو امرأة لا يعقلون التسمية ولا يضبطون الذبيحة ولا التسمية لا تحل^{١٢٦}ب/ ذبيحتهم، لأن التسمية شرط بنص الكتاب وذلك بالقصد. وصحة القصد بهذه الأشياء وإطلاق الكتاب (للذمي)^(٢) الكتابي ينتظم الكتابي والذمي والحربي والعربي والتغليبي؛ لأن الشرط هو قيام الملة^(٣).

ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لما رونا ولعدم الملة فإنه لا يدعي التوحيد وكذلك المرتد؛ لأنه لا ملة له فإنه لا يقر على ما أنتقل إليه، بخلاف الكتابي إذا أنتقل إلى ملة أخرى غير دينه حيث يقر عليه عندنا فيعتبر الدين الذي هو عليه حالة الذبح لا ما كان قبله، وكذلك الوثني؛ لعدم اعتقاده ملة، وكذلك المحرم إذا ذبح صيدًا سواء ذبحه في الحل أو في الحرم، وقد مر في كتاب الحج^(٤).

قال: (ولو تولد من مجوسي وكتابي نجيز ذبحة).

إذا ولد ولد من مجوسي وكتابي تجوز ذبيحته عندنا^(٥).

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦-٢٩٧، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٠٥، و«الهداية» ٣/٣٩٥، و«اللباب» ٣/٢٢٣.

(٢) من (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦-٢٩٧، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٠٥، و«الهداية» ٤/٣٩٣، و«اللباب» ٣/٢٢٣.

(٤) «فتاوى قاضيخان» ٦/٣٠٤-٣٠٥، و«الهداية» ٤/٣٩٣-٣٩٤، و«الاختيار» ٥/٤٥٦، و«اللباب» ٣/٢٢٣-٢٢٤.

(٥) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٠٧-٢٠٨، و«فتاوى قاضيخان» ٦/٣٠٤، و«درر الحكام» ١/٢٧٨.

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: لا تجوز^(١) ترجيحاً للمحرم على المبيح وهو أنه جزء المجوسي.

ولنا: أنه كتابي؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين ديناً، ولهذا (لو)^(٢) كان أحد أبويه مسلماً حُكِمَ بإسلامه^(٣).

قال: (وسُنَّ نحرُ الإبل وذبحُ البقرِ والشاةِ ويُكرهُ العكسُ لغير ضرورةٍ ولم يحرموها لذلك).

السُّنَّةُ أن ينحرَ الإبلَ ويذبحَ الشاةَ والبقرَ، فلو عكسَ فنحرَ الشاةَ والبقرَ وذبحَ الإبلَ كُرهَ ذلك وجلَّت الذبيحةُ عندنا^(٤)، أما أن السُّنَّةَ ما قلنا قال الله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢].

قال المفسرون: المراد: نحر الجزور، وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧] وقال تعالى: ﴿وَفَدَيْنَهُ بِذَبِيحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧] والذبيح ما يُذبح، وكان كبشاً وهذا هو المتوارث من فعله رَحِمَهُ اللهُ، والصحابة رَحِمَهُمُ اللهُ إلى يومنا هذا والعكسُ مكروهٌ لمخالفة السُّنَّةِ، وإنما يحلُّ؛ لوجود شرط الحلِّ وهو قطعُ العروقِ وإنهارُ الدمِ، ومذهبُ مالكٍ رَحِمَهُ اللهُ^(٥) أنه يجوزُ مع الضرورةِ ويحرمُ عندَ عدمِ الضرورةِ.

(١) «الأم» ٢٨٢/٦، و«غاية البيان» ٣/٣، و«المهذب» ٢٥٨/١، و«الوجيز» ٢٠٥/٢-٢٠٦.

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٠٧-٢٠٨، و«فتاوى قاضيخان» ٣٠٤/٦، و«درر الحكام» ٢٧٨/١.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٢٨، و«الهداية» ٤/٣٩٨، و«اللباب» ٣/٢٢٣-٢٢٤.

(٥) «المدونة الكبرى» ٤٣٣/١، و«الكافي» ١٧٩، و«التلقين» ٢/٢٦٧.

قال ابن بشير في كتاب «التنبيه» له : فإن ذبحت الإبل أو نحر ما يذبح فأما مع الضرورة فيجوز ذلك ولا يمتنع أكلها، وأما مع عدم الضرورة فثلاثة أقوال : منع الأكل وهو المشهور، وجوازُهُ، والتفرقة فتؤكل الإبل إن ذبحت ولا يؤكل غيرها إن نحر، وأما المشهور فمبناه على أحد أمرين، إمّا لأنَّ السنة إذا خولفت أمتنع الأكل، وإمّا لأنَّ ذلك واجبٌ وحرامٌ مخالفته لما قلناه من كون النحر في غير الإبل يقتلها بغير الذكاة، والذبح في الإبل تعذيب، ويمتنع به إخراج الدم وهو مقصودٌ، وأما جوازُ الأكل، فلقوله ﷺ : « ما أنهر الدم وذكر أسم الله عليه فكل »^(١)، ولأنَّ الانتقال من صفة إلى صفة من جهة الأولى لا من جهة الأوجب، وأما التفرقة فلأنَّ النحر في غير الإبل بقتلها كما تقدّم، وليس في الإبل إلا التعذيب فلا يؤدي إلى منع الأكل. هذا كلامه، ولمّا كان حالة الضرورة تُحلُّ الذبيحة إجماعًا زدت في الكلام لغير ضرورة؛ ليقوم الخلاف فيه بإعادة الإشارة في قوله : (ولم يحرموها لذلك) إليه تحقيقًا لموضع الخلاف^(٢).

قال : (ويذبح ما أستأنس من الصيد ويجرح ما أستوحش من النعم).

أما الأول فللقدره عليه؛ لأنَّ الأصل هو الذكاة الاختيارية، وعند استئناس الصيد تصير الذكاة بالذبح مقدورًا عليها فلا يعدل عنها إلى بدلها. وأما الثاني فللعجز عن الأصل بسبب التوحش فيصار إلى البدل^(٣).

(١) رواه البخاري (٥٤٧٨) ومسلم (١٩٣٠) من حديث أبي ثعلبة الخشني.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢١٠، و«الهداية» ٤/٣٩٨، و«اللباب» ٣/٢٢٨.

(٣) «المبسوط» ١١/٢٢٨، و«الهداية» ٤/٣٩٨، و«الاختيار» ٥/٤٥٧، و«اللباب» ٣/٢٢٨.

قال: (وَيُقَطَّعُ الْحَلْقُومُ وَالْمَرِيُّ وَالْوُدْجَانُ وَلَمْ نَكْتَفِ بِالْأُولَيْنِ فَقَطَّعُ أَكْثَرَهَا مَطْلَقًا كَافٍ وَيَشْتَرِطُ قَطَّعُ أَحَدَ الْوُدْجَيْنِ مَعَهُمَا لَا الْأَكْثَرُ مِنْ كُلِّ مَنَّهُمَا).

العروق التي تقطع في الزكاة أربعة: الحلقوم، والمرى، والودجان^(١). وقال الكرخي رحمته الله^(٢): الزكاة في الأوداج وهي أربعة: الحلقوم، والمرى، والعرقان اللذان بينهما والأصل فيه قوله ﷺ: «أفر الأوداج بما شئت»^(٣) وهو جمع فيتناول ثلاثة وهي المرى والودجان ولا يمكن قطعها إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم اقتضاء، فإن قطع الأربعة فلا خلاف في حصول كمال الزكاة وإن قطع الحلقوم والمرى دون الودجين.

قال الشافعي رحمته الله^(٤): الذبح، ولا يشترط قطع الودجين؛ لأنَّ إنهارَ الدم، وإزالة الحياة حاصلٌ بذلك وهو المقصود من الذبح. وقد ذكر صاحب «المنظومة»^(٥) رحمته الله في باب مالك رحمته الله أنَّ الإخلال بقطع أحد هذه العروق الأربعة لا يجوز وتحرم به الذبيحة، (وهذا شاذ)^(٦) في مذهبه لم أرَ نصب الخلاف فيه حسناً.

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٠٩/٣، و«فتاوى قاضيخان» ٣٠٥/٦، و«اللباب» ٢٢٦/٣،

(٢) «الاختيار» ٤٥٨/٥.

(٣) قال في الدراية لم أجده. وحديث كل ما أفرى الأوداج ما لم يكن قرض سن أو جر ظفر. أخرجه الطبراني. «الدراية» ٢٠٧/٢.

(٤) «الأم» ٢٨٤/٦، و«المهذب» ٢٥٩/١، و«الوجيز» ٢١٢/٢.

(٥) «المنظومة» لوحة (١٤٢).

(٦) في (ج): (وهو إشارة).

قال ابن بشير في كتاب «التنبيه»: وإذا قطع /١٢٧/ الذابحُ الحلقومَ والمرىء والودجين أكلَ بلا خلافٍ، وإن لم يقطعِ المرىءَ فهل يؤكلُ أم لا؟

فيه قولان أشهرهما: جوازُ الأكلِ، وتركُ اشتراطِ المرىءِ، والشاذُّ منع الأكلِ. فإن تركَ الأوداجَ جملةً لم يؤكلُ، وإن أتى على أكثرها فقولان، وإن لم يقطعِ الحلقومَ فالمعروفُ من المذهبِ أنه لا يؤكلُ فعلى هذا مشهورُ مذهبه موافقٌ لمذهبِ أبي حنيفة رحمته الله^(١)؛ لأنَّ عند أبي حنيفة رحمته الله أنَّ^(٢) الواجبَ أنْ يأتي بأكثرَ هذه العروقِ مطلقاً أيّ ثلاثة كانت، ومن صورِ الجوازِ الأكتفاءُ بدونِ المرىءِ الذي هو مذهبه فتركتُ الخلافَ فيه.

وعند أبي يوسف رحمته الله^(١) في الرواية التي رجعَ إليه أنه يشترطُ قطعَ المرىءِ والحلقومِ وأحدِ الودجين.

وعن محمد رحمته الله^(١) أنه اعتبرَ الأكثرَ من كلِّ عرقٍ، والقُدوري رحمته الله^(٢) جعل قولَ محمد رحمته الله^(١) مع أبي يوسف رحمته الله^(١)، وحمل الكرخي^(٣) قول أبي حنيفة رحمته الله^(١): وإن قطعَ أكثرَها على ما قاله محمد^(١)، والصحيحُ ما ذكرناه لمحمدٍ أنَّ الأمرَ وردَ لفري العروقِ.

وكلُّ منها أصلٌ بنفسه فلا يقومُ غيره مقامه إقامةً أنْ قطعَ أكثره كقطع كله إقامةً للأكثر مقامَ الكلِّ؛ ولأنَّ المقصودَ حاصلُ بقطعِ الأكثر؛ لأنَّه يخرجُ بقطعِ الأكثر ما يخرجُ بقطعِ الكلِّ.

(١) «مختصر أختلاف العلماء» ٢٠٩/٣، و«الهداية» ٣٩٦/٤، و«الاختيار» ٤٥٨/٥،

و«درر الحكام» ٢٧٧/١.

(٢) «الكتاب» ٢٢٦/٣.

(٣) «الاختيار» ٤٥٨/٥.

ولأبي يوسف رحمته الله ^(١) أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا يَقْصَدُ بِقَطْعِهِ غَيْرَ مَا يَقْصَدُ بِقَطْعِ الْآخَرِ، فَالْحَلْقُومُ مَجْرَى النَّفْسِ، وَالْمَرِيءُ مَجْرَى الطَّعَامِ، وَالْوُدْجَانُ مَجْرَى الدَّمِ، فَإِذَا قُطِعَ أَحَدُ الْوُدْجَيْنِ حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِقَطْعِهِمَا، وَإِذَا تَرَكَ الْحَلْقُومَ وَالْمَرِيءَ لَمْ يَحْصَلِ الْمَقْصُودُ مِنْ قَطْعِهِ بِقَطْعِ غَيْرِهِ.

ولأبي حنيفة رحمته الله ^(١) أَنَّ الْأَكْثَرَ كُلُّ حَكْمِيٍّ فَبِقَطْعِ أَيِّ ثَلَاثٍ كَانَ حَصَلَ قَطْعُ الْأَكْثَرِ، وَلَأنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِذَلِكَ وَهُوَ إِنْهَارُ الدَّمِ وَالتَّسَبُّبُ إِلَى إِزْهَاقِ الرُّوحِ لِعَدَمِ الْحَيَاةِ بَعْدَ قَطْعِ مَجْرَى النَّفْسِ، وَالطَّعَامُ وَالدَّمُ يَجْرِي بِقَطْعِ أَحَدِ الْوُدْجَيْنِ فَيَكْتَفِي بِهِ تَحَرُّزًا عَنْ زِيَادَةِ التَّعْذِيبِ.

قال: (وَيَجُوزُ بِمَا أَنْهَرَ الدَّمَ إِلَّا السِّنَّ وَالظُّفَرَ الْقَائِمِينَ).

لقوله رحمته الله: «أَفْرِ الْأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ فَكُلْ» ^(٢)، وقوله رحمته الله: «كُلْ مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرِ الْأَوْدَاجَ مَا خَلَا السِّنَّ وَالظُّفَرَ فَإِنَّهَا مَدَى الْحَبْشَةِ» ^(٣)، وَالْحَبْشَةُ كَانُوا يَذْبَحُونَ بِهِمَا قَائِمِينَ، وَلَأنَّ الْقَتْلَ بِهِمَا قَائِمِينَ حَاصِلٌ بِقُوَّةِ الذَّابِحِ وَثِقَلِهِ فَأَشْبَهَ الْمُنْخَنَقَةَ ^(٤).

(١) «الهداية» ٣٩٦/٤، و«الاختيار» ٤٥٨/٥، و«درر الحكام» ٢٧٧/١، و«اللباب» ٢٢٦/٣.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» ١٨٦/٤: هو ملفق من حديثين.

فقد روى البخاري برقم (٢٤٨٨) مسلم برقم (١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج قال: كنا مع النبي في سفر، فقال رسول الله ﷺ، ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه فكلوا، ما لم يكن سنا أو ظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم. وأما الظفر فمدى الحبشة. الحديث الثاني رواه ابن أبي شيبة ٢٥٩/٤ من حديث ابن جريج عمن حدثه عن رافع بن خديج مرفوعاً بلفظ: كل ما أفرى الأوداج إلا سناً أو ظفراً.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٠٨-٢٠٩/٣، و«المبسوط» ٢٢٧/١١، و«فتاوى قاضيه خان» ٣٠٥/٦، و«اللباب» ٢٢٧/٣.

قال: (نجيزه بهما منزوعين ويكره).

إذا ذبح بسنٍّ أو ظفرٍ أو قرنٍ أو عظمٍ منزوع لا يجوز عند الشافعي رحمه الله^(١)؛ لأنها ميتة عنده، ولقوله ﷺ: «كلُّ ما أنهر الدَّم وأفرى الأوداج ما خلا السنَّ والظفر والعظم فإنها مدي الحبشة»^(٢)، أي: كلُّ ما ذبح بما أنهر الدَّم. قاله من غير فصلٍ بين المنزوع وغيره، ولأنَّه فعلٌ غير مشروع فلا يكون ذكاةً، كما لو ذبح بها غير منزوعة، وعندنا هذا الفعل يكره إذا كانت منزوعةً؛ لاستلزامه ترك المندوبِ إليه^(٣)؛ لقوله ﷺ: «إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحدَّ أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»^(٤)، ومع ذلك فتجوز الذبيحة ولا تحرم؛ لقوله ﷺ: «أفر الأوداج بما شئت»^(٥)، وما رواه محمودٌ على ما إذا كانت غير منزوعة؛ لأن الحبشة كانوا يذبحون بها غير منزوعة ولأنها حالة الذبح^(٦) آلة جارحة يحصل بها ما هو المقصود، وهو إخراج الدَّم المسفوح عن الحيوان فيجوز كما لو ذبح بحجرٍ محدّدٍ أو ليطّة، بخلاف غير المنزوع؛ لإمكان الموت والثقل فتشبه المنخقة^(٧).

(١) «الأم» ٢٨٢/٦، و«المهذب» ٢٥٩/١، و«الوجيز» ٢٠٦/٢، و«غاية البيان» ٣/٣.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) «المبسوط» ٢٢٧/١١، و«الهداية» ٣٩٧/٤، و«الاختيار» ٤٥٩/٥، و«درر الحكام» ٢٧٧/١.

(٤) رواه مسلم برقم (١٩٥٥) من حديث شداد بن أوس.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) في (ب): (الترع).

(٧) «المبسوط» ٢٢٧/١١، و«الهداية» ٣٩٧/٤، و«الاختيار» ٤٥٩/٥، و«درر الحكام» ٢٧٧/١، و«اللباب» ٢٢٧/٣.

قال: (ويستحب أن يحدَّ شفرته).

لما روينا، وروي أنه ﷺ رأى رجلاً أضجع شاةً وأخذ يحدُّ شفرته، فقال ﷺ: «هَلَّا حَدَدْتُهَا قَبْلَ أَنْ تَضْجَعَهَا» ^{(١)(٢)}.

قال: (ويكره أن يبلغ بها النخاع أو يقطع الرأس أو يتدَّى من القفا وهي حية إلى قطع العروق).

النخاع عرق أبيض في عظم الرقبة؛ لأنه ﷺ نهى أن تنزع الشاة إذا ذبحت، وفسر بما ذكرناه، وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان من غير فائدة فيكره ويحل الأكل؛ لوجود المقصود، وأما إذا أبتدأ الذبح من القفا فإن مات قبل قطع العروق فهي ميتة لوجود الموت بدون الذكاة، وإن دام حياتها إلى أن قطع العروق حلت؛ لأنها ماتت بالذكاة كما لو جرحها ثم ذبحها ^(٣) لكنه يكره ذلك؛ لما فيه من تعذيب الحيوان من غير فائدة ^(٤).

قال: (والجنين الميت لا يؤكل، وقالوا: إن تم خلقه أكل).

لقوله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» ^(٥)؛ ولأنه جزء ١٢٧/ب/ أمه متصل

(١) «المبسوط» ٢٢٦/١١، و«الهداية» ٣٩٧/٤، و«الاختيار» ٤٥٩/٥.

(٢) رواه الحاكم ٢٣١/٤ من حديث ابن عباس وقال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه. وصححه الألباني في «الصحيحة» (٢٤).

(٣) في (ج): (قطعها).

(٤) «الهداية» ٣٩٨/٤، و«الاختيار» ٤٦٠/٥، و«درر الحكام» ٢٧٧/١، و«اللباب» ٢٢٧/٣.

(٥) رواه أبو داود (٢٨٢٧) والترمذي (١٤٧٦) من حديث أبي سعيد الخدري وقال: حديث حسن صحيح. وحسنه المنذري «مختصر سنن أبي داود» ١٢٠/٤ والحديث صححه الألباني. أنظر: «صحيح أبي داود» ٨/ ١٧٥-١٧٦ (٢٥١٦).

بها يتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها ويتبعها في بيعها واعتاقها فيتذكى بذكاتها كسائر أجزائها^(١).

وله^(١): أنه حيوانٌ منفردٌ بنفسه حتى يتصور حياته بعد موت أمه فينفرد بالذكاة؛ ولهذا يعتق بإعتاق مفردٍ وتجب فيه غرةٌ وتصح الوصية به وله، ولأنه حيوان دموي لم يخرج دمه فأشبهه المنخقة؛ ولأنه يحتمل أنه مات قبل ذبح أمه، ويحتمل أنه بذبحها (مات)^(٢) فلا يحل بالشك، وما روياه روي بالنصب بنزع الخافض أي كذكاة أمّة فتكون دلالة تساويهما في الذبح؛ لقوله تعالى: ﴿يَنْظُرُونَ إِلَيْكَ نَظَرَ الْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ مِنَ الْمَوْتِ﴾ [محمد: ٢٠]، وروي بالرفع فيحمل التشبيه أيضًا كقوله: ﴿وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ﴾ [آل عمران: ١٣٣] فيحتمل عليه توفيقًا^(٣) وقد كره أبو حنيفة رضي الله عنه ذبح الشاة الحامل القريبة الولادة لما فيه من إضاعة ولدها، ولا يكره عندهما^(٤)؛ لأنه مأكولٌ عندهما.

قال: (وإذا ذبح غير مأكولٍ طهر لحمه وجلده إلا المحترم ونجس العين).

أما طهارة اللحم وجلده فإن أثر الذكاة في إزالة الرطوبات والدماء

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٢٦/٣-٢٢٨، و«المبسوط» ٨-٥/١١، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٩، و«الاختيار» ٤٦٠/٥، و«اللباب» ٢٢٨/٣-٢٢٩.

(٢) من (ب).

(٣) في (ج): (توقيفًا).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٢٦/٣-٢٢٨، و«المبسوط» ٨١٥/١١، «الهداية» ٣٩٦/٤، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٩-٤١٣، و«الاختيار» ٤٦٠/٥، و«اللباب» ٢٢٨/٣-٢٢٩..

السيالة المنجسة للحم لا نفس اللحم والجلد فيطهر لزوال المنجس، كما في الدباغ، وأما المحترم فهو الآدمي ونجس العين الخنزير فلا تعمل فيهما الذكاة شيئاً؛ لكرامة الآدمي وإهانة الخنزير، كما لا تعمل الدباغ في جلدهما^(١).

ولو ذبح شاة مريضة فلم يتحرك منها شيء إلا فمها. قال محمد بن سلمة: إن فتحت فاهاً وعينها ومدت رجلها ونام^(٢) شعرها لم تؤكل، وإن كانت على العكس أكلت^(٣).



(١) «المبسوط» ٢٥٥/١١، و«الهداية» ٣٩٦/٤، و«الاختيار» ٤٦١/٥، و«البحر الرائق» ١٩٦-١٩٧/٨، و«اللباب» ٢٣٠-٢٣١/٣.

(٢) في (ب): (قام).

(٣) «فتاوى قاضيخان» ٣٠٥/٦، و«الاختيار» ٤٦١/٥، و«البحر الرائق» ١٩٦/٨-١٩٧.

فصل فيما يحرم أكله

قال: (ويحرم كل ذي مخلب من الطير وناب من السباع).

لأنه ﷺ نهى عن أكل كل ذي مخلب وأكل كل ذي ناب من السباع^(١)، وقوله: (من السباع) عقيب ذكر النوعين راجع إليهما فيثبت الحكم فيما له مخلب وناب من السباع والطير والبهائم دون غيرهما، والسبع كل جرح قتال منتهب متعدي عادة كالأسد والفهد والنمر والذئب والثعلب والدب والفيل والقرد واليربوع وابن عرس والسنور البري والأهلي، وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين والحدأة^(٢).

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه^(٣): الدلق^(٤) والسنجاب والفنك^(٥) والسمور^(٦) وما شابهها سبع، ولا يؤكل ابن عرس؛ لأنه ذات أنياب فدخل تحت النص. وفي الحديث نهى عن أكل الخطفة والنهبة والمجثمة، فالخطفة: التي تختطف في الهواء كالبازي ونحوه. والنهبة: التي تنتهب

(١) أخرجه البخاري (٥٥٣٠) كتاب الصيد والذبائح، باب أكل كل ذي ناب من السباع، ومسلم (١٩٣٢) باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع.

(٢) «الهداية» ٣٩٩/٤، و«عقود الجواهر المنيفة» ٦٦/٢، و«اللباب» ٢٢٩/٣.

(٣) «الهداية» ٣٩٦/٤، و«الاختيار» ٤٦١/٥، و«درر الحكام» ٢٨٠/١، و«عقود الجواهر المنيفة» ٦٦/٢.

(٤) الدلق: دويبة نحو الهرة طويلة الظهر يعمل منها الفرو فارسي معرب.

«الصحاح» ص ٣٥١ مادة دلق، و«المعجم الوسيط» ٢٩٤/١ مادة دلق،

(٥) الفنك: نوع من جراء الثعلب التركي فروته من أجود أنواع الفراء.

«المصباح المنير» ص ٢٨٦ مادة فنك، و«المعجم الوسيط» ٧٠٣/٢ مادة فنك.

(٦) السمور: حيوان ثديي ليلي من أكالات اللحوم. يتخذ من جلده فرو ثمين، ويقطن شمال آسيا.

«المعجم الوسيط» ٤٤٨/١ مادة سمر.

على الأرض كالذئب والكلب. والمجثمة روي بالفتح والكسر فالفتح: كلُّ صيدٍ جثم عليه الكلب حتى مات غمًا. وبالكسر: كلُّ حيوانٍ من عادته أن يجثم على الصيد كالذئب والكلب، وإنما حرّمت هذه الأشياء تشریفًا لبني آدم وتعظيمًا لهم؛ كي لا يتعدى إلى أخلاقهم شيء من أخلاق هذه بواسطة التغذية من لحومها.

قال: (والحشرات كلّها).

كلُّ ما ليس له دمٌّ سائلٌ حرامٌ إلا الجراد وهذا مثل الذباب والزناير والعقارب وسائر هوام الأرض وما يدبُّ عليها. وما يسكن تحتها، وهي الحشرات كالفأرة والوزغة واليربوع والقنفذ والحيّة ونحوها، ووجه الحرمة أنها من الخبائث فتحرم^(١) بقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]

قال: (والحمر الأهلية والبغال وكذا الخيل).

لقوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] أمتن تبارك وتعالى بها، ولو كانت تؤكل لذكر ذلك فإنّ نعمة الأكل فوق نعمة الركوب والزينة. وعن عليّ وابن عمر رضي الله عنهما أنّ النبيّ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن متعة النساء^(٢).

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣ / ٢١٣، و«الهداية» ٤ / ٤٠٠، و«الاختيار» ٥ / ٤٦٢، و«اللباب» ٣ / ٢٣٠.

(٢) حديث علي رواه البخاري (٤٢١٦) ومسلم (١٤٠٧) أما حديث ابن عمر فرواه البخاري برقم (٤٢١٥) ومسلم (٥٦١) بلفظ: نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الحمر الأهلية.

وقال أبو يوسف ومحمد^(١) رحمهما الله: أكل لحم الخيل جائز؛ لما روي عن أنس^(٢) رضي الله عنه قال: أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله ﷺ^(٣).

وروي أنه ﷺ نهى يوم خيبر عن أكل لحوم الحمر الأهلية وأذن في الخيل^(٤)، وله ما تلونا؛ ولرواية خالد بن الوليد^(٥) نهى ﷺ عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير الأهلية^(٦).

وروى المقدم بن معدي^(٧) أن النبي ﷺ قال: «حرام عليكم الحمر الأهلية وخیلها وبغالها، وكل ذی نابٍ من السباع، وكل ذی مخلبٍ من

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩، و«المبسوط» ٢٣٢/١١، و«الهداية» ٤٠٠/٤، و«وسائل الأسلاف» ٤١٣-٤١٥، و«البحر الرائق» ١٩٥/٨، و«اللباب» ٢٣٠/٣.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) لم أجده من حديث أنس، وانظر «نصب الراية» ١٩٩/٤.

(٤) رواه البخاري (٤٢١٩)، ومسلم (١٩٤١).

(٥) خالد بن الوليد بن المغيرة المخزومي أبو سليمان، سماه الرسول ﷺ: (سيف الله)، كان أحد أشراف قريش في الجاهلية، وقائد خيلهم، وشهد مع الكفار حروبهم ضد المسلمين إلى عمرة الحديبية، وأسلم سنة سبع بعد خيبر، وقيل: قبلها. وهو من أشهر قادة الجيوش عند المسلمين. توفي سنة (٢١هـ).

أنظر: «الاستيعاب» ١١/٢، و«الإصابة» ٤١٣/١.

(٦) رواه أبو داود (٣٧٩١)، والنسائي ٢٠٢/٧، وابن ماجه (٣١٩٨)، وأحمد ٨٩/٤.

(٧) المقدم بن معدي كرب بن عمرو بن يزيد بن معدي كرب بن سلمة ويقال بن نشيط بن عبد الله بن وهب بن ربيعة بن الحارث بن معاوية بن ثور أبو كريمة وقيل أبو يحيى سنان صاحب رسول الله ﷺ نزل الشام وسكن حمص روى عن النبي ﷺ.

ذكره محمد بن سعد في الطبقة الرابعة وقال مات بالشام سنة سبع وثمانين وهو بن إحدى وتسعين سنة ويقال مات سنة ثمان وثمانين وقيل سنة ثلاث وثمانين روى له الجماعة سوى مسلم.

«تهذيب الكمال» ٤٥٩/٨، و«الكاشف» ٢٩٠/٢.

الطير»^(١)؛ ولأن البغل وهو نتاجه لا يؤكل فلا يؤكل الفرس؛ لأن أكل النتاج يعتبر بأمه فإن الحمار الوحشي لو نزا على الأتان الأهلية لا يؤكل فكذا هذا^(٢).

قال: (ويكره الرخم والبغات والغراب).

لأنها تأكل الجيف فالتحقت بالخبائث، والمراد هو الغراب /١٢٨/ وكذلك الغراب^(٣).

قال: (ويجوز غراب الزرع والأرنب والجراذ).

غراب الزرع يخالف الغراب في صغر الجثة، وأنه (يُدخِر)^(٤) في المنازل، ويألف كالحمام ويطير ويرجع. روي ذلك عن أبي يوسف^(٥)، وأما الأرنب^(٦)، فلما روى عمار بن ياسر رضي الله عنه^(٧) قال: أهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرنبة مشوية فقال لأصحابه: «كلوا»^(٨)، وأما الجراذ^(٩)؛ فلقوله صلى الله عليه وسلم: «أحلت لنا ميتتان ودمان؛ أما الميتتان فالسمك والجراذ، وأما الدمان

(١) رواه أبو داود (٣٨٠٤)، وأحمد ٤/ ١٣٠-١٣١ بنحوه وليس فيه تحريم الخيل والبغال.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩، و«المبسوط» ١١/ ٢٣٣، و«الهداية» ٤/ ٤٠٠، و«وسائل الأسلاف» ٤١٣-٤١٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٢.

(٣) «فتاوى قاضيخان» ٦/ ٣٠١، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩٥، و«اللباب» ٣/ ٢٩٩.

(٤) في (ب): (يدجن).

(٥) «فتاوى قاضيخان» ٦/ ٣٠١، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٣، و«اللباب» ٣/ ٢٩٩.

(٦) «المبسوط» ١١/ ٢٣٠، و«درر الحكام» ١/ ٢٨١، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦٧.

(٧) عمار بن ياسر بن عمار بن مالك العنسي المخزومي أبو اليقطان المكي، صحابي جليل عابد ورع، شجاع من كبار السابقين البدرين والمعذبين بمكة، وفضله ومناقبه وثناء الأئمة عليه كثير، قتل في صفين سنة ٣٧هـ.

انظر: «الحلية» ١/ ١٣٩، و«تاريخ بغداد» ١/ ١٥٠، و«سير أعلام النبلاء» ١/ ٤٠٦.

(٨) رواه أحمد ١/ ٣١، والطيالسي في «مسنده» ١/ ٤٩ (٤٤).

(٩) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢١٠، و«المبسوط» ١١/ ٢٢٩.

فالكبد والطحال»^(١)، وسواء مات بحتف أنفه أو بأفة لإطلاق النص.

قال: (ونحرّم الضبّ والضبع والثعلب)^(٢).

وقال الشافعي رحمه الله^(٣): يحلّ لما روي أن جابرًا سئل عن الضبع أصيد هو؟ قال: نعم. قيل: أحلال هو؟ قال: نعم. قيل عن رسول الله ﷺ؟ قال: نعم^(٤). ولنا: نهيه ﷺ عن حلّ أكل كل ذي نابٍ من السباع والضبع والثعلب من سباع البرّ، وما روي عن جابرٍ منسوخ^(٥).

قال: (ولا نحلّ من حيوان الماء إلا السمك والمارماهي والجريث).

وقال الشافعي رحمه الله^(٦): جميع حيوان البحر حلالٌ؛ لقوله تعالى: ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ ﴾ [المائدة: ٩٦] من غير فصل، وقوله ﷺ في البحر: « هو الطهور ماؤه والحل ميتته »^(٧)؛ ولأنّ المحرم هو اختلاط الدّم المسفوح باللحم، ولا دم لحيوان الماء وإلا امتنع سكناه فيه اعتبارًا بالسمك، وعندنا^(٨) لا يؤكل منها إلا السمك؛ لقوله تعالى: ﴿ وَيُحَرِّمُ

(١) رواه ابن ماجه (٣٣١٤)، وأحمد ٩٧/٢ وصححه الألباني في الأرواء.

(٢) من (ب).

(٣) «الأم» ٢٨٥-٢٨٦/٦، و«المهذب» ٢٥٤/١، و«الوجيز» ٢١٥/٢.

(٤) رواه أبو داود (٣٨٠١)، والترمذي (٥٨١)، والنسائي ١٩١/٥، وابن ماجه (٣٠٨٥).

وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٢١٠/٣، و«المبسوط» ٢٣١-٢٣٢/١١.

(٦) «الأم» ٢٨٣/٦، و«المهذب» ٢٥٧/١، و«غاية البيان» ٣١٧.

(٧) رواه أبو داود (٨٣)، والترمذي (٦٩)، والنسائي ١٧٦/١، وابن ماجه (٣٨٦).

(٨) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢١٥/٣، و«المبسوط»

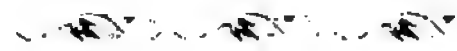
٢٩٩/١١، و«فتاوى قاضيخان» ٣٠١/٦، و«اللباب» ٢٣١/٣.

عَلَيْهِمُ الْخَبِيثُ ﴿[الأعراف: ١٥٧] وما سوى السمك خبيثٌ لاستخبات الطباع
السليمة إياها ، إِلَّا السمكَ ولأنَّهُ ﷺ نهى عن دواءٍ يتخذُ فيه الضفدعُ ، ونهى
عن بيع السرطانِ ، والخلافُ في البيع والأكلِ واحدٌ ، والمرادُ بالصيدِ في
الآيةِ الأصطيادِ وأنه مباحٌ ؛ لما يُؤكل وما لا يُؤكل ، والمرادُ بأكل ميتة
السمك وهو مستثنى بما روينا من قبل ، فيتناول جميع أنواعه ومنها :
الجريث^(١) والمارماهي فيدخل في الاستثناء^(٢) .

قال : (ويكره الطافي منه) .

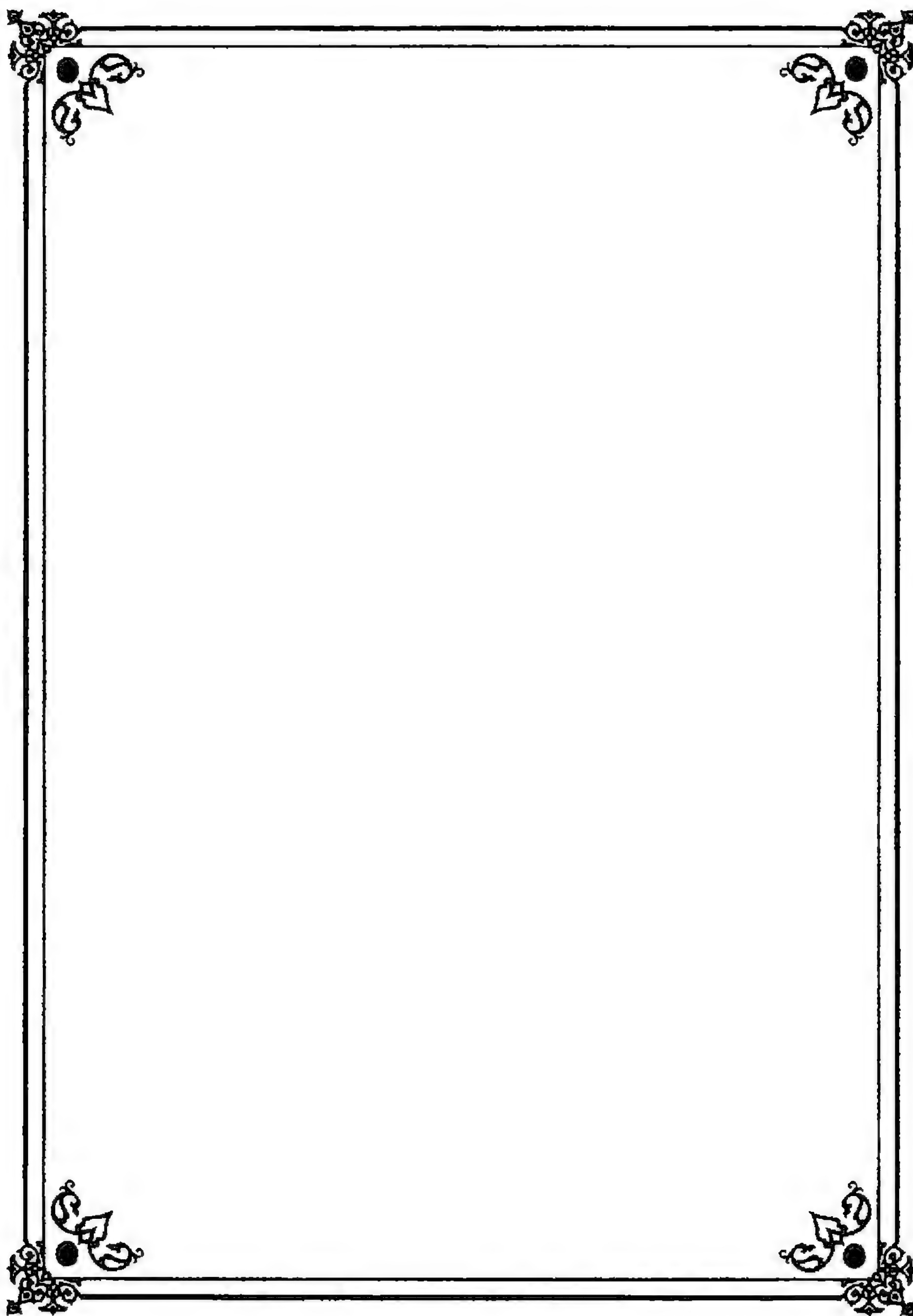
وقال الشافعي رحمه الله^(٣) : لا يكره لما مرَّ .

ولنا^(٤) : ما روي عن جابرٍ عن النبي ﷺ أنه قال : « ما لفظه البحرُ
فكلُّ ، وما نضب عنه الماءُ فكلُّ ، وما طفا فلا تأكلُ »^(٥) ، و(أمّا)^(٦) صيدُ
البحر ، ما لفظه البحرُ ليكون موته مضافاً إلى لفظ البحر لا ما مات فيه
من غير آفةٍ ، والله أعلم^(٧) .



- (١) الجريث : بالتشديد ضرب من السمك . «الصحاح» ص ١٦٣ مادة جرث .
(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩ ، و«مختصر أختلاف العلماء» ٢١٥/٣ ، و«المبسوط»
٢٢٩/١١ ، و«فتاوى قاضيخان» ٣٠١/٦ ، و«الهداية» ٤٠١/٤ - ٤٠٢ ،
و«الاختيار» ٤٦٤/٥ ، و«درر الحكام» ٢٨٠-٢٨١ ، و«اللباب» ٢٣١/٣ .
(٣) «الأم» ٢٨٣ ، و«المهذب» ٢٥٧/١ ، و«غاية البيان» ٣١٧ .
(٤) «المبسوط» ٢٢٩/١١ ، و«الهداية» ٤٠١/٤ - ٤٠٢ ، و«الاختيار» ٤٦٤/٥ ، و«عقود
الجواهر المنيفة» ٦٣/٢ ، و«اللباب» ٢٣١/٣ .
(٥) رواه أبو داود (٣٨١٥) ، وابن ماجه (٣٢٤٧) . (٦) من (ب) .
(٧) «المبسوط» ٢٢٩/١١ ، و«الهداية» ٤٠١/٤ - ٤٠٢ ، و«الاختيار» ٤٦٤/٥ ، و«عقود
الجواهر المنيفة» ٦٩-٧٠ ، و«اللباب» ٢٣١/٣ .

٤٠
كِتَابُ الْإِضْحِيَّةِ



كتاب الأضحية^(١)

قال: (ونوجبها على كل مسلم حرٍّ موسرٍ مقيمٍ شاةً، وفي وجوبها عن ولده الصغير روايتان، وتجب في ماله في الأصح).

الأضحية^(٢): أَسْمُ لما يذبح أيام النحر بنية القرية لله تعالى، وكذلك الضحية والأضحية. قال ﷺ: « على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيرة^(٣)، فالأضحية: ما يذبح أيام النحر، والعتيرة شاة كانت تذبح للصنم في رجب فنسخت، وبقيت الأضحية. قال ﷺ: « نسخت الأضحية كل دم قبلها ونسخ رمضان كل صوم قبله^(٤) وهو من أضحي يُضحي دخل في الضحي؛ لأنها تذبح وقت الضحي فسميت باسم وقتها، كصدقة الفطر والصلوات الخمس. والوجوب مذهبنا^(٥)، وعن أبي يوسف رحمته الله^(٦) أنها سنة، وهو مذهب الشافعي رحمته الله^(٧)، وذكر

(١) وجه المناسبة بين الكتابين ظاهر وهو تحقق الذبح في كل واحد منهما. «المستجمع شرح المجمع».

(٢) الأضحية لغة: جمع ضحايا مثل عطية عطايا، وهي ذبح الأضحية وقت الضحي أو هي شاة تذبح يوم الأضحي وفي أي وقت من أيام التشريق.

«المصباح المنير» ٢١٤ مادة ضحي، و«المعجم الوسيط» ١/ ٥٣٥ مادة ضحا.

(٣) رواه أبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي (١٥٢٨)، وابن ماجه (٣١٢٥) وقال أبو داود: العتيرة منسوخة، هذا خبر منسوخ.

(٤) أخرجه الدارقطني: قال البيهقي أسنده ضعيف. ينظر «نصب الراية» ٤/ ٢٠٨.

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٠٠، «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٠، «المبسوط» ١٢/ ٨.

(٦) «فتاوى قاضيخان» ٦/ ٢٨٦، و«الهداية» ٤/ ٤٠٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٥.

(٧) «الأم» ٦/ ٢٨٤، و«المهذب» ١/ ٢٤٤، و«الوجيز» ٢/ ٢١١، و«غاية البيان» ٣١٥.

الطحاوي^(١) أنها واجبة عند أبي حنيفة رحمته الله وسنة عندهما^(٢) وهذا اختيار رضي الدين النيسابوري رحمته الله^(٣).

وجه السنية قوله رحمته الله: «ثلاثة كتبت علي ولم تكتب عليكم الوتر والضحي والأضحى» وفي رواية: «هي لكم سنة»^(٣). وعن أبي بكر وعمر رحمهما الله أنهما كانا لا يضحيان مخافة أن يراها الناس واجبة، ولأنها لو كانت واجبة لما تفاوت الحال بين المسافر والمقيم: كصدقة الفطر والزكاة فإن الواجبات المالية لا يؤثر السفر فيها^(٤).

ووجه الوجوب قوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنحَرْ﴾ [الكوثر: ٢] أمر بنحر مقرون بالصلاة، وليس إلا الأضحية، وقوله رحمته الله: «ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم صلوات الله عليه»^(٥)، أي: طريقته والأمر للوجوب. وقوله رحمته الله: «من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا» علق الوعيد بترك الأضحية فهو دليل الوجوب؛ ولأن الإضافة دليل الاختصاص ولا تصح الإضافة إذا خلا الوقت عنها ولا وجود إلا بالوجوب فيجب تصحيحاً لهذه الإضافة، وكما في يوم الفطر وصدقة الفطر، ونفي الكتابة فيما روياه نفي للفرضية، إذ المراد من الكتابة الفرض قال تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٠٠. (٢) تقدمت ترجمته.

(٣) أخرجه أحمد في المسند، والدارقطني، وقال الذهبي: غريب منكر. قال الحافظ بن حجر في التلخيص ١٨/٢ (٥٣٠): أطلق الأئمة على هذا الحديث الضعف.

(٤) «المبسوط» ٩-٨/١٢، و«الهداية» ٤٠٣/٤، و«الاختيار» ٤٦٥/٥، و«درر الحكام» ٢٦٧/١.

(٥) لم أجده بهذا اللفظ، وروى ابن ماجه (٣١٢٧)، وأحمد ٣٦٨/٤، والحاكم ٣٨٩/٢ عن زيد بن أرقم قال: قلنا يا رسول الله ما هذه الأضاحي؟ قال: «سنة أبيكم إبراهيم».

عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا ﴿ [النساء: ١٠٣] أي: فرضاً مؤقتاً، وسميت المفروضات مكتوبات فلا تنافي؛ لأننا نثبت الوجوب دون الفرضية. ويحمل قوله ﷺ: «وهي لكم سنة» على ثبوت وجوبها بالسنة، وأبو بكر وعمر كانا فقيرين فخافا أن يظنهما الناس واجبة على الفقراء على أنها مسألة مختلفة بين الصحابة، فلم يكن قول البعض حجةً على (الباقيين)^(١) / ١٢٨ب/ وإنما لم تجب على المسافر، لأنها مختصة بأسباب يشق على المسافر تحصيلها وتفوت بمضي الوقت فلم تجب عليه كالجمعة بخلاف صدقة الفطر والزكاة حيث لا تفوت بالوقت، ويجوز فيهما التأخير ودفع القيمة وغير ذلك. وعن علي رضي الله عنه: ليس على مسافر جمعة ولا أضحية^(٢). ولما كانت قرينةً وعبادةً اشترط لها إسلام المضحى واختصت بالحر؛ لأن العبد لا يملك شيئاً وبالمقيم لما قلنا، ويستوي فيه المقيم بالمصر والقرى والبوادي لكونه مقيماً، وبالموسر لقوله ﷺ: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»^(٣)، وحد اليسار وهو الغنى المشروط لوجوب صدقة الفطر^(٤).

وهل تجب عليه عن أولاده الصغار؟ فيه روايتان: إحداهما رواية الحسن عن أبي حنيفة^(٥) أنه يجب عليه أن يضحى عنهم كصدقة الفطر، وظاهر الرواية أنه لا يجب عليه عن أولاده الصغار بخلاف صدقة الفطر،

(١) في (ج): (النافين).

(٢) الذي وجدته عن علي رضي الله عنه في الجمعة فقط ولم أقف على قوله (ولا أضحية).

(٣) علقه البخاري في كتاب: الوصايا، باب: تأويل قول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ﴾، ورواه أحمد ٢/ ٢٣٠.

(٤) «المبسوط» ١٢/ ٨-٩، و«الهداية» ٤/ ٤٠٣، و«درر الحكام» ١/ ٢٦٧.

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٠٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٧، و«اللباب» ٣/ ٢٣٢.

والفرقُ أنَّ السببَ هناك رأسُ يموئه ويلى عليه وهما موجودان في الصغير، وهذه قربةٌ محضةٌ، والأصلُ فيما هو قربةٌ أن لا يجبَ على الغير بسبب الغير؛ ولهذا لا تجبُ عن العبد الأضحية وإن كانت تجب صدقةُ الفطر، وأمَّا إذا كان للصغير مالٌ فالأصحُّ أنه يضحى عنه من ماله بالاتفاق ويأكلُ منه ما أمكنه ويبتاعُ له بالباقي ما ينتفع بعينه، وقيل يضحى عنه الأب أو الوصيُّ من ماله عند أبي حنيفة^(١) وأبي يوسف^(٢) رحمهما الله.

وقال محمد^(١) وزفر^(١) والشافعي^(١) رحمهم الله: يضحى من مال نفسه لا من مال الصغير، والخلافُ في الأضحية نظيرُ الخلافِ في صدقةِ الفطر، وقيل: لا تجوزُ التضحية من مال الصغير في قولهم جميعاً؛ لأنَّ القربى تتأدى بالإراقة، والصدقة بعده تطوعٌ فلا يجوز ذلك من مال الصغير، والصغير لا يمكنه أن يأكلَ كلَّ الأضحية، والأصحُّ ما ذكرناه آنفاً، ذكره القدوري^{رحمته الله}^(٢)، وهذه وما قبلها من الروايتين من الزوائد.

وأقل ما يضحى به شاةٌ لأنه أدنى الدم كما مرَّ في الهدايا^(٣).

قال: (وأجازوا البقرة أو البدنة عن سبعة يريدون القربة،

لا عن أهل بيت مجتمعين مطلقاً).

البقرة والبدنة وتجزئ عن سبعة إذا كانوا من أهل القربة - أعني: مسلمين - وقد سبقَ اشتراطُ الإسلام وأن يكونوا يريدون القربة وهو زائدٌ، وإطلاقُ القدوري^(٤) رحمته الله محمولٌ عليه حتى لو أراد أحدُ السبعة بنصيبه، اللحم لا القربة لا يجزئ واحداً منهم، لأنَّ الدم لا يتجزأ ليكون بعضه

(١) «المجموع» ٣١٦/٨.

(٢) «الكتاب» ٢٣٣/٣.

(٣) «الهداية» ٤٠٤/٤، و«درر الحكام» ٢٦٧/١، و«البحر الرائق» ١٩٨/٨.

(٤) «الكتاب» ٢٣٢-٢٣٣/٣.

قربةً وبعضه غير قربةٍ فإذا خرج البعض عن أن يكون قربةً خرج الكل^(١)، والأصل في جواز الشركة رواية جابر رضي الله عنه قال: نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعةٍ والبقرة عن سبعةٍ. وتجزئ عن أقل من سبعةٍ بالطريق الأولى، وهل تجزئ عن أكثر من سبعةٍ قال مالك^(٢) رحمته الله: تجوز عن أهل البيت سبعةً كانوا أو أكثر إذا كانوا مجتمعين (لا متفرقين)^(٣) لقوله صلى الله عليه وسلم: «على كل أهل بيت في كل عام أضحيةٌ وعتيرة»^(٤)؛ لأن البقرة في صورتها شخصٌ واحدٌ (حقيقة)^(٥) وهي من حيث الضخامة والقيمة كثيرةٌ فتجوز عن أهل بيت واحدٍ متحدي الموضع وإن تعددوا صورة لاتحادهم معنى باعتبار اتحاد موضعهم فلا تجوز عن المتفرقين ولا عن المتفرقة مواضعهم^(٦)؛ لأن المزكي واحدٌ فتجزئ عن الواحد وعندنا^(٦) تجوز عن سبعةٍ متفرقين كانوا أو مجتمعين، ولا يجوز عن أكثر؛ لأن القياس أن لا تجزئ إلا عن واحدٍ لأنه إراقةٌ واحدةٌ إلا أنا تركنا القياس بما روينا، وهو مقيّد بالسبعة فلا يتعدى مورد الرواية المخالفة للقياس.

قال: (ولو اشتراها للأضحية ثم أشرك فيها ستة حكمنا بالإجزاء عنهم).

وهذا أستحسن^(٧)، والقياس أن لا تجزئه عنه ولا عنهم وهو قول

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٢٢٢/٣-٢٢٣، و«المبسوط» ١٢/١١-١٢، و«الهداية» ٤٠٤/٤، و«الاختيار» ٤٦٧/٥.

(٢) «المدونة الكبرى» ٢٦٢/٢، و«الكافي» ص ١٧٤، و«التلخيص» ٢٦٢/٢.

(٣) من (ب). (٤) سبق تخريجه. (٥) من (ب).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠١، و«المبسوط» ١٢/١١-١٢، و«درر الحكام» ٢٦٦/١.

(٧) «المبسوط» ١٢/١٥، و«الهداية» ٤٥/٤، و«الاختيار» ٤٦٧/٥.

زفر^(٢) رَحِمَهُ اللهُ ؛ لأنه أعدّها للقربة فلا يجوز بيعها وفي الشركة بيعها ، ووجه الاستحسان مساس الحاجة إلى ذلك فإنه قد لا يجد إلا بقرة ولا يجد شركاء فيشتريها ثم يطلب شركاء من بعد فجوزناه للحاجة .

والأولى والأحسن أن يطلب الشركاء من قبل الشراء ؛ لئلا يكون راجعاً عن القربة في الصورة ، وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(١) أنه يكره (ذلك)^(٢) بعد الشراء . وقيل : لا يكره الاشتراك وقت الشراء .

قال : (ويقتسمونها وزناً) .

هذه زائدة أيضاً ، فإذا أشترك جماعة في بقرة وضحوا بها أقسموا اللحم بالوزن ؛ لأن اللحم موزون ، ولو أقسموا جزافاً لم يجز إلا إذا كان مع شيء من الأكارع والجلد اعتباراً بالبيع^(٣) .

قال : (ويختص بالإبل والبقر والغنم) .

لما مرّ في الهدي ولقول الصحابة رَحِمَهُ اللهُ : الضحايا من الإبل والبقر والغنم . وهو أسم للكبار دون الصغار ، ويدخل في البقر الجاموس ؛ لأنه من جنسه ، ويدخل المولود بين الأهلي الوحشي^(٤) ، ويتبع الأم لأنها هي الأصل في التبعية حتى إذا نزا الذئب على الشاة ضحى بالولد^(٥) . / ١٢٩ /

(١) «الهداية» ٤/ ٤٥ ، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٨ ، و«درر الحكام» ١/ ٢٦٦-٢٦٧ ، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩٨ .

(٢) من (ب) ، (ج) .

(٣) «فتاوى قاضيخان» ٦/ ٢٩٠ ، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٨ ، و«درر الحكام» ١/ ٢٦٧ .

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠١ ، و«المبسوط» ١٢/ ٩ ، و«اللباب» ٣/ ٢٣٥ .

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠١ ، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٤ ، و«المبسوط» ١٢/ ١٧ ، و«الهداية» ٤/ ٤٠٨ .

قال: (ويجزئ فيها ما يجرئ في الهدى).

يعني الثني من الكل وهو من الغنم ماله سنة، ومن البقرة ما له سنتان، ومن الإبل ماله خمس سنين^(١).

ولا يجوز الجذع من الإبل والبقر والمعز^(٢)؛ لرواية أبي بردة رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله ﷺ ضحيْتُ قبل الصلاة وعندي عتودٌ خيرٌ من شاتي لحم أفيجزئني أن أضحي به؟ قال: «يجزئك ولا يجرئ أحدًا بعدك»^(٣)، والعتود من المعز كالجدع من الضأن وهو الذي أتى عليه أكثر الحول، والقياس في الضأن هذا إلا أنا تركناه بقوله ﷺ: «نعم الأضحية الجدع من الضأن»^(٤)، والإطلاق يتناول السالم منها دون المعيب، وقد سبق ذكر ذلك في الهدى، والعيب القليل معفو عنه ضرورة أنه لا يخلو عنه الحيوان ففي اعتباره حرج، والشق في الأذن والوسم قليل لا اعتبار به.

قال: (ويضحى بالجماء والخصي والثولاء التي تعلف

والجرباء السمينة).

أما الجماء^(٥) وهي التي لا قرن لها لأنه لا يتعلق به مقصود وكذا مكسور القرن، وأما الخصي^(٦) فلأن لحمه أطيب.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠١، و«المبسوط» ١٢/٩-١٠، و«الاختيار» ٥/٤٦٨، و«اللباب» ٣/٢٣٥.

(٢) رواه البخاري (٩٦٥)، ومسلم (١٩٦١).

(٣) رواه الترمذي (١٤٩٩) وقال: حديث غريب.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٣، و«المبسوط» ١٢/١١، و«فتاوى قاضيخان» ٦/٢٩٣، و«اللباب» ٣/٢٣٥.

وقد صحَّ أنه ﷺ ضحى بكبشين أملحين موقوئين^(١)، وأما الثولاء^(٢) وهي المجنونة فتجوز إذا كانت تعتلف، وهذا القيْد زائد، لأنَّ ذلك لا يخل بالمقصود، وأما الجرباء^(٣) السمينه فمن الزوائد أيضًا؛ لأنَّ الجرب في الجلد، ولا نقصان في اللحم، وإن كانت مهزولة لم يجز لأن الجرب أثر في نقصان اللحم، والعيوب المانعة تعتبر وقت الشراء فإن اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع فإن كان غنيا فعليه غيرها وإن كان فقيرا تجزئه^(٤)؛ لأنَّ الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين بالشراء، وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعينت، ويبتني على هذا ما لو اشترى الفقير أضحية فضاعت فاشترى أخرى ثم وجد الأول فعليه أن يضحى بهما جميعًا؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء بنية الأضحية بمنزلة النذر عرفًا، والشراء قد تعدد بخلاف الغني، لأنَّ الوجوب عليه بإنجاب الشرع ولم يوجب عليه الشرع إلا مرة واحدة. وذكر الزعفراني أنَّ الفقير إن أوجب الثانية إيجابًا مستأنفًا فعليه أن يضحى بهما، وإن أوجبها بدلًا عن الأولى فله أن يذبح أيهما شاء؛ لأنَّ الإيجاب متحد فاتحد الواجب وهذا حسن^(٥).

قال: (ويأكل منها ويطعم الغني والفقير ويدخر).

لقوله تعالى ﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ﴾ [الحج: ٢٨]، ولقوله ﷺ: «كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا»^(٦)،

(١) رواه البخاري (٥٥٥٤)، ومسلم (١٩٦٦).

(٢) «المبسوط» ١٦/١٢، و«الهداية» ٤/٤٠٧-٤٠٨، و«اللباب» ٣/٣٢٥.

(٣) «المبسوط» ١٦/١٢، و«الهداية» ٤/٤٠٧-٤٠٨، و«اللباب» ٣/٣٢٥.

(٤) رواه مسلم (١٩٧١).

ومتى جازَ أكله وهو غني جاز أن يطعمه غنياً آخر^(١).

قال: (ويستحب أن لا ينقص الصدقة من الثلث).

لأنَّ النصوصَ قسمت الأضحيةَ بين الأكلِ والصدقة والادخار فيكون لكل منها الثلث^(٢).

قال: (ويتصدق بجلدها أو يستعمل منه آلة أو يشتري به ما ينفع به مع بقاء عينه).

أما الصدقة فلأن الجلد جزؤها وأما أن يعمل منه آلة تستعمل فيما يفرش وينام عليه، أو يعمل منها آلة تستعمل كالقربة والدلو والسفرة وغير ذلك؛ لأنَّ الانتفاع بالجلد ليس بحرام، وقد روي أنَّ عائشة رضي الله عنها أتخذت من جلد أضحيته سقاءً، وأما الشراء وهو من الزوائد، فيجوز أن يشتري بالجلد آلة ينتفع بها وعينها باقية كالغربال والمنخل ونحو ذلك، ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بالاستهلاك كالأباريق^(٣) ونحوها؛ لأن المأمور أن ينتفع به أو ينتفع ببذله مع بقاء عينه ولا يبيعه^(٤)؛ لقوله ﷺ: «من باع جلد أضحيته فلا أضحية له»^(٥)، فإن باعه بشيء من النقود تصدق به لفوات وقت القربي فيتصدق به كذا رواه

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٢، و«اللباب» ٢٣٦/٣.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٢، و«الهداية» ٤٠٩/٤، و«الاختيار» ٤٧٠/٥، و«اللباب» ٢٣٦/٣، و«درر الحكام» ٢٧٠/١.

(٣) في (أ): (كأباريز).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٢، و«المبسوط» ١٢/١٤-١٥، و«الهداية» ٤٠٩/٤، و«الاختيار» ٤٧٠/٥، و«اللباب» ٢٣٦/٣.

(٥) رواه الحاكم ٣٨٩-٣٩٠، وعنه البيهقي ٢٩٤/٩.

محمد^(١) ﷺ، وهذا المروي يفيد كراهة البيع وإلا فهو جائز؛ لقيام الملك والقدرة على التسليم، ولا يعطي أجره الجزار منها^(٤)؛ لقوله ﷺ لعليّ رضي الله عنه: «تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط أجر الجزار منها»^(٢).

والنهي عنه نهي عن البيع أيضًا لأنه في معناه، ويكره أيضًا أن يجر صوفها فينتفع به قبل الذبح^(٣)؛ لأنه التزم القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح؛ لأن القربة قد أقيمت بها كما في الهدى، ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف^(٤).

قال: (ويستحب أن يذبحها بنفسه إن كان يحسن).

لأنها عبادة فإذا فعلها بنفسه كان أولى وأفضل^(٥).

وروى أنس رضي الله عنه أنه ﷺ ضحى بكبشين أملحين يذبح ويكبر ويسمي، وروى جابر رضي الله عنه أنه ﷺ ضحى بكبشين، وقال حين وجههما: «وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفًا مسلمًا اللهم منك وإليك عن محمد وأمة بسم الله والله أكبر»^(٦).

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٢، و«الهداية» ٤/٤٠٩، و«الاختيار» ٥/٤٧٠، و«اللباب» ٣/٢٣٦.

(٢) رواه البخاري (١٧١٧)، ومسلم (١٣١٧) بنحوه.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/٢٢٥، و«المبسوط» ١٢/١٤، و«فتاوى قاضيخان» ٦/٢٩٤، و«الهداية» ٤/٤٠٩-٤١٠.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٣، والسابق.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٢، و«المبسوط» ١٢/١٨، و«اللباب» ٣/٢٣٦.

(٦) رواه أبو داود (٢٧٩٥)، وابن ماجه (٣١٢١)، وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه» (٣٤٥٧).

وإن لم يحسن الذبح فالأولى أن يفوض ذلك إلى غيره^(١) / ١٢٩ب /
 فيستحب أن يحضرها وإن لم يذبحها؛ لقوله ﷺ: «يا فاطمة بنت محمد
 قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها إلى
 الأرض كل ذنب ما أنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون
 ضعفًا» قال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه يا نبي الله هذا لآل محمد خاصة
 فإنهم أهل لما خصوا به من الخير أم لآل محمد وللمسلمين عامة؟ قال:
 «لآل محمد وللمسلمين عامة»^(١).

قال: (ويكره أن يذبحها كتابي).

لأن الكتابي ليس من أهل القرية ولو أمره بالذبح فذبحه جاز؛ لأنه من
 أهل الذكاة، وقد قامت القرية بإنابته ونيته بخلاف ما لو أمر المجوسي؛ لأنه
 ليس من أهل الذكاة فكان ذلك إفسادًا^(٢).

قال: (ولو غلط كل منهما فذبح أضحية الآخر أجزأ عنهما
 ولا ضمان عليهما).

وهذا أستحسن^(٣)، والقياس وجوب الضمان وعدم الإجزاء^(٢)،
 وأصل هذه المسألة أن من ذبح أضحية غيره بغير أمره لا يحل له ذلك
 وهو ضامن لقيمتها، ولا يجزئه عن الأضحية قياسًا، وهو قول زفر رحمته الله،
 وفي الاستحسان يجوز ذلك ولا يضمنه الذابح وهو قولنا، وجه القياس

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١٩: روي هذا الحديث عن عمران بن حصين، ومن
 حديث أبي سعيد الخدري، ومن حديث علي بن أبي طالب، وحديث أبي سعيد رواه
 الحاكم ولكن فاطمة هي التي سألت الرسول ﷺ وليس أبو سعيد، ورواه البزار في
 مسنده، قال الذهبي: فيه عطية وهو واه.

(٢) «المبسوط» ١٢/ ١٨، و«الهداية» ٤/ ٤١٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٠.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٤، و«درر الحكام» ١/ ٢٧١، و«اللباب» ٣/ ٢٣٧.

أنه ذبح شاة غيره بغير أمره^(١) فيضمن كما لو ذبح شاة، اشتراها القصاب وإذا ضمن لا يجزئه عن الأضحية^(٢).

وجه الاستحسان أنه لما اشتراها للأضحية تعينت للذبح بتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها فصار مستعيناً بكل من له أهليه الذبح على ذبحها، وأذا له في ذلك دلالة؛ لأنه ربما يعجز عن إقامتها لعارض يعرض له فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها، وإن كان تفوته المباشرة والحضور لكن يحصل له تعجيل البر وحصول المقصود بما عين من الأضحية فيكون راضياً بذلك ظاهراً^(٢).

قال: (ولو غصب شاة فضحي بها ثم أدى ضمانها حكمنا بإجزائها).

إذا غصب شاة فضحي بها أدى ضمانها إلى مالكيها أجزأه عن الأضحية، وقال زفر^(٢) رحمه الله: لا يجزئه لعدم ملكه فيها وقت التضحية فصار كما لو أعتق الغاصب المغصوب عن كفارته ثم أدى ضمانه إلى مالكيه. ولنا^(٢): أن الملك ثبت له فيها وقت الغصب إذا أدى الضمان فكان ملكه ثابتاً فيها وقت التضحية حكماً، وهو كاف لجواز التضحية بخلاف الاعتاق؛ لأنه وإن كان الملك ثابتاً حكماً لكنه غير ثابت حقيقة، فكان مالكا من وجه دون وجه، وذلك لا يكفي لنفاذ العتق؛ ولهذا لا يملكه المكاتب لعدم كمال الملك كذا هذا. ولنا أن نمنع عدم النفاذ فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله بنفاذ إعتاق الغاصب للعبد المغصوب إذا أدى الضمان قياساً على ما ذكره هلال أن الغاصب لو وقف ثم ملك بالضمان

(١) في (ب)، (ج): (إذنه).

(٢) «المبسوط» ١٢/١٧-١٨، و«فتاوى قاضيخان» ٦/٢٩١، و«درر الحكام» ١/٢٧١.

ما وقفه، وأن ذلك تحرير^(١) كالإعتاق ذكره رضي الدين رحمته الله في الطريقة.

قال: (وتختص بيوم النحر ويومين بعده).

لما روي عن عمر وعليّ وابن عباس وأنس وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها. وطريق هذا هو السمع فكان كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأفضلها يوم النحر لما رويناه، ولكونه مسارعة إلى الخير والقربة، وأدناها آخرها لما فيه^(٢) من تأخير الخير^(٣). وإن فاتت هذه الأيام ولم يضح، فإن كان فقيرًا أو قد اشتراها تصدق بها حية؛ لأنها غير واجبة على الفقير، فإذا اشتراها بنية الأضحية تعينت للوجوب^(٤). والإراقة إنما تكون قربة في وقت معلوم شرعًا وقد فات فيتصدق بعينها^(٣)، وإن كان غنيًا تصدق بثلثها مطلقًا اشتراها أو لم يشتريها؛ لأنها واجبة عليه، فإذا فات وقت القربة في الأضحية تصدق بالثلث إخراجًا له عن العهدة. (كما قلنا في الجمعة إذا فاتت يقضي الظهر، والفدية عند العجز عن الصوم إخراجًا له عن العهدة^(٤)).

قال: (ويدخل وقتها بطلوع فجر النحر إلا أن أهل الأمصار

لا يضحون قبل الصلاة).

لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد ثم نسكه وأصاب سنة المسلمين»^(٥). وقال صلى الله عليه وسلم: «إن أول نسكنا في هذا

(١) في (ب): يجرى. (٢) في (ب): (فيها).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠١، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢١٨/٣، و«المبسوط»

٩/١٢، و«فتاوى قاضيخان» ٢٨٨/٦، و«اللباب» ٢٣٤/٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٢، و«مختصر اختلاف العلماء» ٢٢٨-٢٢٩.

(٥) سبق تخريجه.

اليوم الصلاة ثم الأضحية» وهذا الشرط مخصوص بمن تجب عليه صلاة العيد^(١)، فأما سكان السواد فيجوز لهم التضحية بعد طلوع الفجر، وهذا لأنَّ العبادة لا تختلف باختلاف المصير وعدمه، لكن شرطها يجوز أن يختلف كما أنَّ الظهر يمنع من أدائها قبل صلاة الإمام في المصير، ولا يمنع منه في السواد كذا هذا، فإن لم يصل الإمام في اليوم الأول لعذر لا يضحي حتى تزول الشمس، وفي اليوم الثاني يجوز قبل صلاة العيد^(٢) وبعده. رواه القدوري^(٣) عن محمد^(٤) رحمهما الله، ويعتبر مكان التضحية لا مكان المال كما في الزكاة، وعن الحسن أنه يعتبر مكان المال كصدقة الفطر، فلو كان بالمصير وأهله بالسواد جاز أن يضحوا عنه قبل الصلاة، وبالعكس لا يجوز، وعن الحسن خلاف ذلك ويتأكد وجوبها آخر أيام النحر حتى لو مات قبلها يسقط عنه بخلاف ما لو مات بعدها، ويجب أن يوصي بالتصدق بثلثها، ولو اشترى الفقير وضحي ثم أيسر / ١٣٠ / في أيام النحر، قيل: يعيد؛ لأن الاعتبار بآخر الوقت، وقيل: لا يعيد؛ لأنَّ الوجوب بطلوع الفجر أول الأيام (ولو أيسر الفقير في أيام يلزمه التضحية ذكره الناطفي في «أجناسه»، وروي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ فِي الْمَوْسَرِ إِذَا وَلَدَ لَهُ وَلَدٌ يَضْحِي عَنْهُ، وَقِيلَ: لَا يُلْزَمُهُ التَّضْحِيَةُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ صَدَقَةُ الْفَطْرِ وَهُوَ الْأَصَحُّ^(٥))^(٦)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠١، و«المبسوط» ١٢ / ١٠، و«فتاوى قاضيخان» ٦ / ٢٨٨.

(٢) السابق. (٣) «الكتاب» ٣ / ٢٣٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠١، و«المبسوط» ١٢ / ١٠.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص ٣٠٠، و«الهداية» ٤ / ٤٠٣-٤٠٥، و«الاختيار» ٥ / ٤٦٧.

(٦) من (ب).

فهرس الموضوعات والأبواب للمجلد الثامن

ج/ص	الموضوع
٥/٨	كتاب العتق
٣٧/٨	فصل في العبد يعتق بعضه
٦٦/٨	فصل في التدبير
٧٤/٨	فصل في الاستيلاد
٩١/٨	فصل في المكاتب
١٣٢/٨	فصل في الولاء
١٤٥/٨	كتاب الجنایات
١٩٩	كتاب الديات
٢٧٤	فصل في القسامة
٢٩٠	فصل في المعاقل
٢٩٩	كتاب الحدود
٣٥٧	فصل في حد الشرب
٣٦٣	فصل في الأشربة
٣٧٥	فصل في حد القذف
٣٩٨	فصل في حد السرقة وإثباتها وكيفية القطع
٤٢١	فصل فيما يقطع في سرقة وما لا يقطع وفي الحرز
٤٤١	فصل في قطاع الطريق
٤٥١	كتاب الصيد والذبائح
٤٧٣	فصل في الذبائح
٤٨٩	فصل فيما يحرم أكله
٤٩٧	كتاب الأضحية

